

Studien zum französischen Besitzrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ANDREAS WIGET

von Flawil SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Peter

1902
—

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Studien zum französischen Besitzrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ANDREAS WIGET

von Flawil SG

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Hans Peter

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 14. Juli 1982

Der Dekan:
Prof. Dr. E. Stark



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 25 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von P. Forstmoser, C. Hegnauer, A. Heini, M. Keller, A. Meier-Hayoz, M. Rehbinder, H. M. Riemer, W. R. Schluep und E. Stark.

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1982

Druck: difo-Druck, Bamberg

Für ISABELLE

Die vorliegende Arbeit wurde von Herrn Prof. Dr. Hans Peter angeregt. Ich danke ihm herzlich für die Freiheit, die er mir bei ihrer Ausarbeitung gewährt hat.

Mein Dank gilt ausserdem Herrn Dr. Bruno Huwiler für seine zahlreichen Hinweise, die für das Gelingen der Arbeit sehr wertvoll waren, meinem Vater Alexander Wiget für die Korrektur des Manuskriptes und mancherlei stilistische Anregungen und M. Jean-Bernard Fournaise, avocat à la cour, Montpellier, für seine vielen nützlichen Ratschläge.

Das Resultat, welches aus der gesamten bisher dargestellten historischen Entwicklung für Theorie und Praxis hervorgeht, kann in der That kaum anders als trostlos bezeichnet werden. Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis bieten eine Zerfahrenheit und Zerrissenheit der Ansichten in den Grundprincipien wie in den Consequenzen dar, dass man in der That rath- und hilflos vor der wirren Masse dasteht, und sich zweifelnd fragt, ob denn wirklich diesem Chaos von Bestimmungen eine an sich vernünftige und erkennbare Idee zugrunde liege, oder ob nicht Alles rein nur ein Spiel des Zufalls und der Willkür sei.

Carl Georg Bruns

(Das Recht des Besitzes)

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungen.....	XV
Literatur.....	XVII
1. Kapitel BEGRIFF DES BESITZES.....	1
§ 1 Allgemeines und Definition.....	1
I. Einführung.....	1
II. Stellung des Besitzes in der Rechtsordnung....	2
A. in der Schweiz.....	2
B. in Frankreich.....	2
III. Definition.....	4
A. Altes Recht.....	4
B. Code civil.....	4
C. Herrschende Lehre.....	5
D. Abweichende Meinung.....	6
E. Schweizerisches Recht.....	7
§ 2 Rechtsnatur.....	8
I. Einführung.....	8
II. Herrschende Lehre.....	10
III. Kritik.....	10
§ 3 Grund der Besitzwirkungen.....	11
I. Allgemeines.....	11
II. Besitzer ist zugleich Eigentümer.....	11
III. Besitzer und Eigentümer sind nicht identisch.	12
§ 4 Bereich.....	14
I. Sachbesitz.....	14
II. Rechtsbesitz.....	16
A. Historische Einführung.....	16
B. Gegenstand des Rechtsbesitzes.....	17
C. Doppelte Stellung des Rechtsbesitzers....	18
D. Bestimmung der Rechtsbesitzer.....	18
III. Besitz an nicht dinglichen Rechten.....	20

§ 5	Wesentliche Elemente des Besitzes.....	21
I.	Corpus.....	21
A.	Begriff.....	21
B.	Erwerb des corpus.....	23
1.	Grundsätzliches.....	23
2.	Kritik der Doktrin.....	24
C.	Erhaltung des corpus.....	25
D.	Besitz corpore alieno.....	27
E.	Mehrfacher Besitz.....	29
II.	Animus.....	29
A.	Historische Einführung.....	29
1.	Römisches Recht.....	29
2.	Pothier.....	30
3.	Savigny.....	31
4.	Jhering.....	31
5.	Saleilles.....	33
6.	Kritik an der Theorie von Saleilles....	35
B.	Heutige Lehre.....	36
1.	Herrschende Lehre.....	36
2.	Abweichende Meinungen.....	38
C.	Rechtsentwicklung.....	39
D.	Besitz animo alieno.....	40
2. Kapitel	BEDINGUNGEN FUER DIE WIRKSAMKEIT DES BESITZES.....	42
§ 6	Einleitung.....	42
I.	Allgemeines und historische Einführung.....	42
II.	Kritik an der gesetzlichen Regelung.....	44
III.	Tragweite der einzelnen Mängel.....	45
§ 7	Einzelne Mängel.....	46
I.	Unterbrechung (discontinuité).....	46
A.	Begriff.....	46
B.	Unfreiwilliger Besitzverlust.....	48
C.	Prozessuale Vorteile.....	48

	D. Heilbarkeit des Mangels.....	49
II.	Heimlichkeit (clandestinité).....	49
	A. Begriff.....	49
	B. Mangelhafter Besitz nur bei absichtlicher Verheimlichung?.....	49
	C. Eintritt der Heimlichkeit.....	52
	D. Heilbarkeit des Mangels.....	52
	E. Relativität des Mangels.....	53
	F. Anwendungsfälle.....	53
III.	Gewalt (violence).....	53
	A. Begriff.....	53
	B. Zeitpunkt der Gewaltanwendung.....	57
	C. Relativität des Mangels.....	57
	D. Heilbarkeit des Mangels.....	57
IV.	Zweideutigkeit (équivoque).....	58
	A. Allgemeines.....	58
	1. Begriff.....	58
	2. Charakter der Zweideutigkeit.....	60
	3. Absolutheit und Heilbarkeit des Mangels.....	61
	B. Zweideutigkeit bei ungeteiltem Gut.....	62
	C. Zweideutigkeit bei Lebens- und Hausgemein- schaft.....	64
	1. Ehe.....	64
	2. Hausgemeinschaft im allgemeinen.....	66
3. Kapitel	DETENTION.....	68
§ 8	Begriff der Detention.....	68
I.	Definition und Abgrenzungen.....	68
	A. Detention im technischen Sinn.....	68
	B. Detention als rechtlicher Terminus.....	68
	C. Terminologie.....	69
	D. Vergleich mit dem römischen precarium.....	69
II.	Elemente der Detention.....	70
	A. Corpus.....	70

B. Animus.....	70
C. Rechtsgrund.....	71
D. Anerkennung des Eigentums.....	72
III. Bestimmung der Detentoren.....	73
A. Allgemeines.....	73
B. Einfache Detentoren (obligatorisch Berechtigte).....	73
C. Rechtsbesitzer (beschränkt dinglich Berechtigte).....	75
§ 9 Beweis von Besitz und Detention.....	76
I. Vermutung des Besitzes.....	76
A. Vermutung.....	76
B. Gegenbeweis.....	78
II. Vermutung der Dauerhaftigkeit der Prekarität..	78
§ 10 Ende der Detention.....	80
I. Singularsukzession.....	80
II. Besitzwandlung.....	81
A. Grundsatz der einseitigen Unabänderlichkeit der causa possessionis.....	81
B. Besitzwandlung durch Handlung eines Dritten.....	83
1. Allgemeines.....	83
2. Voraussetzungen.....	84
a. Translatives Erwerbsgeschäft.....	84
b. Guter Glaube des Detentors.....	84
C. Besitzwandlung durch Widerspruch des Detentors.....	87
1. Allgemeines.....	87
2. Voraussetzungen.....	87
a. Formeller Akt der Bestreitung.....	87
b. Tatsächliche Handlungen.....	88
§ 11 Wirkungen der Detention.....	90
I. Wirkungen gegenüber Dritten.....	90

A.	Frühere Regelung.....	90
1.	Verweigerung des Besitzesschutzes für den Detentor.....	90
2.	Schutzbehelfe des einfachen Detentors ausserhalb des Besitzesschutzrechts....	90
3.	Zulassung der réintégrande.....	91
B.	Ausdehnung des Besitzesschutzes auf den einfachen Detentor.....	93
1.	Allgemeines.....	93
2.	Kreis der den Besitzesschutz geniessen- den Detentoren.....	94
II.	Wirkungen im Verhältnis zum Eigentümer der Sache.....	97
A.	Ersitzung.....	97
B.	Rückgabeverpflichtung.....	97
C.	Besitzesschutz.....	98
1.	Einfache Detentoren.....	98
a.	Complainte und dénonciation de nou- vel oeuvre.....	98
b.	Réintégrande.....	99
c.	Besitzesschutz bei einem Streit zweier Detentoren des gleichen Ei- gentümers.....	101
2.	Rechtsbesitzer.....	102
4. Kapitel	ABGRENZUNG DES BESITZES VON ANDEREN TAT- SAECHLICHEN ZUSTAENDEN.....	104
§ 12	Rechtmässige und geduldete Handlungen - Servitu- tenbesitz.....	104
I.	Rechtmässige Handlungen.....	104
II.	Geduldete Handlungen.....	105
A.	Begriff.....	105
B.	Vergleich mit dem römischen precarium....	106
III.	Servitutenbesitz.....	106

A. Allgemeines.....	106
B. Arten von Servituten.....	106
1. Dauerhafte und nicht dauerhafte Servi-	
tuten.....	107
2. Sichtbare und unsichtbare Servituten..	107
C. Kombinationsmöglichkeiten.....	108
D. Besitzvermutungen.....	108
E. Servitutenbesitz als mangelhafter Besitz..	110
§ 13 Besitz und scheinbares Eigentum.....	112
I. Begriff des scheinbaren Eigentums.....	112
A. Allgemeines.....	112
B. Aufbau des scheinbaren Eigentums.....	113
1. Materielle Seite.....	113
2. Psychologische Seite.....	113
II. Vergleich mit dem Besitz.....	115
A. im Aufbau.....	115
B. in den Wirkungen.....	115
§ 14 Besitz und Obhut.....	118
I. Begriff der Obhut.....	118
II. Natur der Obhut.....	118
A. Auslösung der Kontroverse.....	118
B. Uebertragung der Obhut nach der Theorie	
der rechtlichen Obhut.....	119
C. Uebertragung der Obhut nach der Theorie	
der materiellen Obhut.....	119
D. Der Entscheid des Kassationshofes von	
1936.....	120
E. Sieg der Konzeption der materiellen Obhut	122
III. Entwicklung der Rechtsprechung.....	123
IV. Vergleich von Besitz und Obhut.....	124

ABKUERZUNGEN

Für die gebräuchlichen Abkürzungen des schweizerischen Rechts und des allgemeinen Sprachgebrauchs sei verwiesen auf Karl Oftinger, Vom Handwerkszeug des Juristen und von seiner Schriftstellerei, 5. Aufl., Zürich 1974, S. 14ff.

Seitenzahlen werden gewöhnlich nur mit Zahlen angegeben.

Bei Namen französischer Städte ohne nähere Angaben handelt es sich um die Cour royale oder die Cour d'appel der betreffenden Orte.

a.gl.O.	am gleichen Ort
art.	article
B.L.D.	Bulletin législatif Dalloz (identisch mit D. Législation)
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
C.	Codex Iustinianus (Corpus iuris civilis)
CC	Code civil des français
Ch. réun.	Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	Chronique
Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1re	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, première section civile
CPrC	Code de procédure civile
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
d.	décret
D.	1. Recueil Dalloz périodique 2. Recueil Dalloz-Sirey
D.C.	Recueil Dalloz critique
D.H.	Recueil Dalloz hebdomadaire
Dig.	Digesta (Corpus iuris civilis)
Fn.	Fussnote
Gaz.Pal.	La Gazette du Palais

I.R.	Informations rapides
l.	loi
n.	note
N.	Randnote
NCPrC	Nouveau Code de procédure civile
no.	numéro
pr.	principium (Corpus iuris civilis)
Rép.civ.	Répertoire de droit civil, éd. par Pierre Raynaud, 2e éd., Paris 1970 - 1976, avec Mise à jour 1980
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev.bourg.	Revue bourguignonne de l'enseigne- ment supérieur
Rev.trim.dr.civ.	Revue trimestrielle de droit civil et suivante(s)
s.	
S.	1. Recueil Sirey 2. Seite
Sem.jur.	La Semaine juridique
somm.	Sommaire de jurisprudence
Trib.civ.	Tribunal civil
Trib.grd.inst.	Tribunal de grande instance
Trib.paix	Tribunal de paix

LITERATUR

- Aubry/Rau/Esmein Aubry et Rau, Droit civil français, 7e éd. par Paul Esmein, t. II, Paris 1961.
- Baudry-Lacantinerie/
Tissier G. Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, Traité théorique et pratique de droit civil - De la prescription, 3e éd., Paris 1905.
- Bruns Carl Georg Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Neudruck der Ausgabe 1848, Osnabrück 1965.
- Capitant/Weill/Terré Henri Capitant, Alex Weill et François Terré, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 7e éd. Paris 1976.
- Carbonnier Jean Carbonnier, Droit civil, t. 3: Les biens, 10e éd., Paris 1980.
- Catala/Terré Pierre Catala et François Terré, Procédure civile et voies d'exécution, 2e éd., Paris 1976.
- Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Ambroise Colin et Henri Capitant, Traité de droit civil, réfondé par Léon Julliot de la Morandière, t. II, Paris 1959.
- Corlay Paul Corlay, La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession, Paris 1978.
- Cornu Gérard Cornu, Droit civil, Introduction - Les personnes - Les biens, Paris 1980.
- Derrida Fernand Derrida, Apparence, in: Rép.civ.
- Ferid Murad Ferid, Das französische Zivilrecht, 2 Bde., Frankfurt a/M., Berlin 1971.
- Ferradou François Ferradou, Du rôle de la possession dans le droit privé français, Thèse Bordeaux 1928.
- Ferru Dominique Ferru, Servitudes, in: Rép.civ.
- Gaudin de Lagrange/
Radouant Emérentienne Gaudin de Lagrange et Jean Radouant, Prescription civile, in: Rép.civ.

- Goldman Berthold Goldman, La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées, Thèse Lyon 1946.
- Goubeaux Gilles Goubeaux, L'extension de la protection possessoire au bénéficiaire des détenteurs, in: Répertoire du notariat défrenois, art. 31062, p. 374s.
- Hébraud Pierre Hébraud, Action possessoire, in: Rép.civ.
- Hinderling Hans Hinderling, Der Besitz, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. V: Sachenrecht, 1. Halbbd., Basel und Stuttgart 1977.
- Homberger A. Homberger, Zürcher Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, Art. 919-977, 2. Aufl., Zürich 1938.
- Jhering, Besitzschutz Rudolf von Jhering, Ueber den Grund des Besitzesschutzes, Neudruck der 2. Aufl., Jena 1869, Aalen 1968.
- Jhering, Besitzwille Rudolf von Jhering, Der Besitzwille, Jena 1889.
- Josserand Louis Josserand, Cours de droit civil positif français, t. I, 3e éd., Paris 1938.
- Josserand, Gardien Louis Josserand, Le gardien de l'automobile, le voleur et la victime d'un accident, D.H. 1936, chron. 37s.
- Kaser Max Kaser, Das römische Privatrecht, 2 Bde., 2. Aufl., München 1971, 1975.
- Lambert Guy Lambert, Cours de droit civil, livre 2: Le socialisme et le droit du patrimoine, t. I: Les principes généraux du droit du patrimoine. Sainte-Ruffine 1971.
- Liver Peter Liver: Zürcher Kommentar, Bd. IV, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Bd.: Die Grunddienstbarkeiten, 2. Aufl., Zürich 1980.
- Marty/Raynaud Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil, t. II/2: Les biens, 2e éd., Paris 1980.
- Mazeaud/Chabas Henri et Léon Mazeaud et Jean Mazeaud, Leçons de droit civil, t. II/1: Obligations: Théorie générale, 6e éd. par François Chabas, Paris 1978.

- Mazeaud/de Juglart Henri et Léon Mazeaud et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II/2: Biens, 5e éd. par Michel de Juglart, Paris 1976.
- Ortscheidt Pierre Ortscheidt, *La possession en droit civil français et allemand*, Thèse Strasbourg 1977.
- Planiol/Ripert/Picard Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III: Les biens, par Maurice Picard, 2e éd., Paris 1952.
- Oeuvres de Pothier, nouv. éd., t. XI, Paris 1819:
- Pothier, Possession - *Traité de la possession*, p. 427s.
- Pothier, Prescription - *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, p. 507s.
- Pothier, Propriété - *Traité du droit de domaine de propriété*, p. 159s.
- Radulesco Léon E. Radulesco, *La notion et les éléments constitutifs de la possession en législation*, Thèse Paris 1923.
- Rey Heinz Rey, *Berner Kommentar*, Bd. IV: Das Sachenrecht, 2. Abt.: Die beschränkten dinglichen Rechte - Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Teilbd.: Die Grunddienstbarkeiten, Lfg. 1: Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 730 und 731 ZGB, 2. Aufl., Bern 1981.
- Ripert/Boulanger Georges Ripert et Jean Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Paris 1957.
- Rodière René Rodière, *Possession*, in: *Rép.civ.*
- Saint-Alary Roger Saint-Alary, *La détention, notion et portée d'application en droit privé français*, Thèse Montpellier 1941.
- Saleilles Raymond Saleilles, *Etude des éléments constitutifs de la possession*, *Rev.bourg.* 1893, 121s., 697s., 1894, 201s., 311s.
- Savigny Friedrich Carl von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, Nachdruck der 7. Aufl., Darmstadt 1967.
- Stark Emil W. Stark, *Berner Kommentar*, Bd. IV: Das Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, 1. Teilbd.: Der Besitz, Art. 919-941, 3. Aufl., Bern 1976.

- Travaux Travaux de la commission de réforme du code civil, année 1946-47, Paris 1948.
- Trigeaud Jean-Marc Trigeaud, La possession des biens immobiliers, Paris 1981.
- Tour/Schnyder Peter Tuor und Bernhard Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Nachdruck 1979 mit Einschluss des Supplements Kindesrecht, 1977, Zürich 1979.
- Vincent/Guinchard Jean Vincent et Serge Guinchard, Procédure civile, 20e éd., Paris 1981.
- Weill Alex Weill, Droit civil, Les biens, 2e éd., avec addendum de mise à jour au 1er octobre 1977, Paris 1974.
- Wesener, Ius possessionis Gunter Wesener, Ius possessionis, Sonderdruck aus Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976.
- Wesener, Rechtsbesitz Gunter Wesener, Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes, Sonderdruck aus Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975.
- Wolff/Raiser Martin Wolff und Ludwig Raiser, Sachenrecht, Bd. III des Lehrbuches des Bürgerlichen Rechts, begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957.
- Zachariä/Crome Zachariä von Lingenthal und Carl Crome, Handbuch des französischen Civilrechts, Bd. 1, 8. Aufl., Freiburg i.Br. 1894.

1. Kapitel B E G R I F F D E S B E S I T Z E S

§ 1 ALLGEMEINES UND DEFINITION

I. Einführung

Besitz und Eigentum hängen eng miteinander zusammen. Der Besitz als Tatsache ist die äussere Erscheinungsform des Rechts, denn durch ihn wird das Eigentum als Recht an der Sache effektiv ausgeübt.

Der juristische und der gewöhnliche, allgemeine Sprachgebrauch unterscheiden sich grundlegend: spricht man im täglichen Leben von einem Besitzer, so wird damit der Eigentümer gemeint. In der Rechtswissenschaft werden jedoch die beiden Begriffe getrennt, was in einem Grundsatz des klassischen römischen Rechts deutlich zum Ausdruck kommt:

*Nihil commune habet proprietas cum possessione.*¹

(Das Eigentum hat mit dem Besitz nichts Gemeinsames.)

Dieser Satz stellt die Verhältnisse klarer dar als sie sind. Eine strikte Trennung zwischen dem Besitz als tatsächlicher (*pouvoir de fait*) und dem Eigentum als rechtlicher Gewalt (*pouvoir juridique*) ist in vielen Fällen nur schwer durchführbar. So gilt die Rechtsvermutung, dass der Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft, der Besitzer, auch Inhaber des Rechts, also Eigentümer oder ein sonst an der Sache Berechtigter, sei. Und oft ist der Besitz stärker als das Recht, wie zum Beispiel beim Erwerb einer Sache von jemandem, dem sie nur anvertraut war, Art. 933 ZGB. Der Besitz wird in diesem Falle selber zum Recht und kann gegen jedermann durchgesetzt werden. Dieser Sachhalt gipfelt in der berühmten *Maxime* des französischen

¹ Dig. 41.2.12.1; Kaser I 384.

Zivilrechts:

En fait de meubles, la possession vaut titre.^{2,3}

In älteren Rechtsordnungen wie dem nachklassischen römischen Vulgarrecht des 4. bis 6. Jahrhunderts, als es keine eigentlichen Juristen mehr gab, wurde zwischen Besitz und Eigentum nicht mehr unterschieden. Unter Besitz verstand man nicht nur die tatsächliche Sachgewalt, sondern teilweise auch das Eigentum selbst. Erst das justinianische Recht kehrte wieder zur Trennung zurück⁴.

II. Stellung des Besitzes in der Rechtsordnung

A. Der Besitz ist in der Schweiz in einem eigenständigen Teil des Sachenrechts geregelt⁵. Erläutert werden Begriff und Arten des Besitzes, sein Erwerb und Verlust und als Folgen Besitzesschutz, Eigentumsvermutung, Rechtsschutz, Verantwortlichkeit des gut- und bösgläubigen Besitzers und - in einer Nebenbestimmung - die Ersitzung. Die Ersitzung des Eigentums im allgemeinen, die eine der Hauptfolgen des Besitzes ist, wird im ersten Teil des Sachenrechts über das Eigentum behandelt.

B. Im Code civil von 1804 wurde der Besitz nur als eine Voraussetzung der Ersitzung angesehen und diese als eine Art, Eigentum zu erwerben⁶. Seine Stellung war absolut unselbstständig. Diese einseitige Optik ist die Folge des im französischen Recht geltenden Prinzips, wonach anders als im schweizerischen Recht der Besitz für den Eigentumserwerb unwichtig ist; ebenfalls eine Rolle spielt die relativ unbedeutende

2 Art. 2279 I.

3 Vgl. zum ganzen Abschnitt: Mazeaud/de Juglart Nr. 1409; Stark Art. 922 N. 9, Vorbem. Besitzesschutz N. 23; Wolff/Raiser 18.

4 Kaser II 247, 252f.; Wesener, Ius possessionis 176.

5 ZGB, 4. Teil: Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 24. Titel: Der Besitz, Art. 919 - 941.

6 Vgl. dazu Ortscheidt 31f.

Stellung des Besitzes im römischen Recht⁷, wo die Besitzeschutzklagen primär dazu geschaffen wurden, um die Uebertragung und den Erwerb des Eigentums und den allgemeinen Rechtsfrieden zu schützen, nicht aber den Besitz an sich⁸.

Die Stellung des Besitzes als eigenständiges Rechtsinstitut wurde jedoch immer stärker, der Schutz der tatsächlichen Verhältnisse zur Erhaltung des Rechtsfriedens immer umfassender und der Besitzeschutz deshalb immer mehr erweitert⁹. War dieser bei den Römern anfänglich nur dem Eigenbesitzer, d.h. dem wirklichen Eigentümer, dem Ersitzungsbesitzer und dem Dieb) und später auch einer beschränkten Zahl von Fremdbesitzern gewährt, so dehnten ihn die deutsche, die schweizerische und im Jahre 1975 auch die französische Rechtsordnung zugunsten aller aus, die eine tatsächliche Herrschaft über eine Sache hatten.

Die Erkenntnis, dass sich der Besitz nicht darauf beschränkt, eine Voraussetzung für die Ersitzung zu sein, sondern auch andere Wirkungen hervorruft, führte dazu, dass in den Arbeiten zur Reform des Code civil dem Besitz ein eigenes Kapitel eingeräumt wurde¹⁰. Der gleichen Erkenntnis wurde auch durch das Gesetz von 1975¹¹ Rechnung getragen, indem der 20. Titel des CC von "Ersitzung" zu "Ersitzung und Besitz" geändert wurde. Der Besitz bleibt jedoch auch weiterhin bei den Erwerbsarten des Eigentums eingereiht¹².

7 Bruns 4.

8 Jhering, Besitzeschutz 6, 45; Kaser I 397.

9 Mazeaud/de Juglart Nr. 1413; Stark Vorbem. Besitzeschutz N. 2ff.

10 Travaux 1001. Die Ideen der Kommission über den Besitz wurden im übrigen nie verwirklicht.

11 L. no. 75-596 du 9 juill. 1975, B.L.D. 1975, 239.

12 CC, livre troisième: Des différents manières dont on acquiert la propriété, titre XX: De la prescription et de la possession, chapitre II: De la possession, art. 2228 - 2235. Weitere Bestimmungen des 20. Titels zum Besitz: Art. 2236 - 2240, 2279f. 2282f. Weitere Bestimmungen im CC: Art. 549f., 1604ff.

III. Definition

A. Pothier definiert den Besitz als Innehabung (*détention*)¹³ einer körperlichen Sache oder als Gewalt (*puissance*) über eine Sache, die jemand selbst ausübt oder durch einen anderen, der die Sache für ihn und in seinem Namen innehat, ausüben lässt¹⁴.

Diese Definition ist auf den ersten Blick derjenigen von Art. 919 ZGB nicht unähnlich, wonach Besitzer ist, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat. Wie jedoch weiter hinten dargestellt wird¹⁵, handelt es sich dabei nur um eine Betrachtung des äusseren Erscheinungsbildes des Besitzes. Die Diskrepanz auf der Willensseite ist enorm.

B. Der französische Gesetzgeber übernahm die Begriffsbestimmung von Pothier fast unverändert¹⁶. Der einzige Unterschied liegt darin, dass der Rechts- dem Sachbesitz gleichgestellt wurde. Er zeitigt allerdings in der praktischen Anwendung keine Auswirkungen, da sich im französischen Recht die Meinung durchgesetzt hat, dass das, was besessen wird, weniger die Sache als das dahinterstehende Recht ist. So verliert auch die Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsbesitz ihren Grund¹⁷.

Art. 2228: La possession est la *détention* ou la *jouissance* d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

13 Der Begriff "*détention*" ist hier in einem rein technischen Sinn als tatsächliche Innehabung der Sache zu verstehen. Vgl. dazu § 8 I.

14 Pothier, *Possession* Nr. 1.

15 Siehe hinten § 5 II. A. 2.

16 Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung des CC: Trigeaud 247 Nr. 248; Zachariä/Crome 37ff.

17 Vgl. z.B. Baußry-Lacantinerie/Tissier Nr. 196; Ortscheidt 47f.

Die Doktrin kritisiert diese Definition in verschiedenen Punkten. So bemängelt sie die Abwesenheit eines Hinweises auf das Willenselement des Besitzes und die Verwendung des Begriffes der *détention* in einem technischen Sinn¹⁸. Der Ausdruck "Innehabung" ist sowieso zu eng, kann doch der Besitz auch durch Gebrauch, Nutzung oder Umänderung der Sache ausgeübt werden. Im weiteren wird die Satzstellung kritisiert, da es besser heissen würde: "... la *détention d'une chose ou la jouissance d'un droit* ..." ¹⁹. Die Kritik am Text des Art. 2228 ist allerdings nicht besonders wichtig, da sie keine Folgen mit sich bringt.

C. Die herrschende Lehre definiert den Besitz mit an sich nur unbedeutenden Abweichungen, was im Lehrbuch von Cornu deutlich zum Ausdruck kommt: er begnügt sich, die Meinungen einiger älterer Autoren wiederzugeben²⁰.

Die französischen Juristen gehen davon aus, dass Eigentum und Besitz eng miteinander verbunden sind, in dem Sinne, dass der Besitz ein unerlässliches Mittel zur wirtschaftlichen Nutzung des Eigentums ist²¹. Dem Eigentümer steht das *ius possidendi* zu, ohne das ihm das *ius utendi, fruendi et abutendi* nichts nützt; er kann diese Rechte nur ausüben, wenn er die tatsächliche Gewalt über die Sache hat²². Man kann den Besitz so als materiellen Ausdruck des Eigentums bezeichnen²³.

Vor diesem Hintergrund muss die Definition der Doktrin gesehen werden, die wie gesagt mit nur kleinen Unterschie-

18 Z.B. Planiol/Ripert/Picard Nr. 143.

19 Bruns 443; Corlay 43.

20 Cornu Nr. 1125.

21 So auch schon Jhering, Besitzerschutz 187.

22 Vgl. dazu Radulesco 11; Rodière Nr. 6.

23 Ferradou 15.

den aufgestellt wird:

Unter Besitz wird die tatsächliche, physische oder materielle Herrschaft oder Gewalt (*maîtrise, pouvoir, puissance*) verstanden, die darin besteht, eine Sache wie ein Eigentümer zu gebrauchen, zu nutzen oder umzuändern. Der Besitz ist die tatsächliche Ausübung der Vorzüge und Vorrechte (*prérogatives*) des Eigentums²⁴. Für den Bereich der beschränkten dinglichen Rechte bedeutet er entsprechend die tatsächliche Gewalt, die Sache wie der Inhaber eines solchen Rechts zu gebrauchen oder zu nutzen, oder, mit anderen Worten, die tatsächliche Ausübung der Vorrechte des betreffenden Rechts²⁵.

Ob der Besitzer tatsächlich Eigentümer oder Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts ist, spielt keine Rolle. Entscheidend ist, dass er behauptet oder sich den Anschein gibt, es zu sein. So gilt auch ein Dieb als Besitzer, denn er verhält sich ebenso wie ein Eigentümer; er gebraucht die Sache frei und verfügt über sie. Das *ius possessionis* steht auch ihm zu; so kann er zum Beispiel die von ihm gestohlene Sache ersitzen²⁶.

D. Das Willenselement kommt in der Definition der herrschenden Lehre klar zum Ausdruck. Verlangt wird der Wille, sich wie ein Eigentümer oder ein Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts zu verhalten, also der *animus domini*

24 Aubry/Rau/Esmein 115 Nr. 74; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 372; Ferradou 172; Josserand Nr. 1390; Lambert 127; Mazeaud/de Juglart Nr. 1409; Ortscheidt 38; Planiol/Ripert/Picard Nr. 143; Ripert/Boulanger Nr. 2282; Weill Nr. 363; Travaux 1001 (Art. 20).

25 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 197; vgl. dazu auch Trigeaud 249, Nr. 250.

26 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 265; Carbonnier 172 Nr. 41; Mazeaud/de Juglart a.gl.O.; Ripert/Boulanger Nr. 2306 Fn. 1; Weill Nr. 369. Für das schweizerische Recht: Homberger Art. 919 N. 5; Stark Art. 919 N. 14; für das deutsche Recht: Wolff/Raiser 30.

oder der animus rem sibi habendi²⁷.

Anders, ohne besondere Erwähnung des voluntativen Elementes, muss deshalb die Definition des Besitzes von Autoren lauten, die die objektive Theorie nach Jhering²⁸ vertreten. Sie betrachten den Besitz als freie Herrschaft über eine Sache, sei es die tatsächliche Innehabung oder der freie Genuss einer Sache, die man selbst oder durch einen anderen innehat²⁹.

E. Im schweizerischen Recht wird, ausgehend von Art. 919 ZGB, jede tatsächliche Herrschaft über eine Sache als Besitz betrachtet. Ein besonderer Besitzwille im Sinne des animus domini ist nicht erforderlich, denn er ist schon in der Gewalt enthalten. Es wird nur auf das tatsächliche Verhältnis abgestellt, wobei die räumliche Beziehung zwischen Person und Sache und die Natur der Sache Anhaltspunkte liefern, ob Besitz vorliegt oder nicht³⁰. Die herrschende Lehre ist sich darüber einig, dass es wegen der verschiedenartigen Funktionen, die der Besitz erfüllt, verfehlt ist, einen einheitlichen Besitzbegriff konstruieren zu wollen (sog. Relativität des Besitzbegriffs)³¹.

27 Savigny (S. 110 Fn. 3) beklagt sich, dass die dort zitierten Autoren den animus domini falsch verstanden hätten, nämlich in dem Sinne, dass er der Wille sei, Eigentümer zu sein, und nicht, wie ihn Savigny versteht, sich wie ein Eigentümer zu verhalten. Wie aus dem obigen Text hervorgeht, stimmen Savigny und die französische Lehre hinsichtlich des animus domini überein.

Vgl. zum Unterschied "animus domini" und "opinio domini", der auf einen Rechtstitel gegründeten Meinung, man sei Eigentümer: Savigny a.gl.O.; Trigeaud 152 Nr. 167.

28 Hinten § 5 II. A. 4.

29 Vgl. z.B. Corlay 68.

30 Hinderling 408, 414f.; Homberger Art. 919 N. 3; Stark Art. 919 N. 1ff., 24f.; Tuor/Schnyder 503ff.

31 Homberger Vorbem. vor Art. 919 N. 8; Stark Art. 919 N. 1, 12; Tuor/Schnyder 505f. Vgl. dazu auch Jhering, Besitzesschutz 187ff.

§ 2 RECHTSNATUR

I. In der Zeit des klassischen römischen Rechts gilt der Besitz als Herrschaft über eine Sache, aufgrund derer er gewisse rechtliche Wirkungen entfaltet. Er ist kein rein faktisches Verhältnis, sondern "eine qualifizierte tatsächliche Sachgewalt"¹. Allmählich setzt eine Vergeistigung des Besitzbegriffs ein, in dem Sinne, dass sich der Besitz zuweilen von der Sachherrschaft lösen kann². Der Besitzwille spielt eine immer stärkere Rolle. Im justinianischen Recht verlagert sich der Schwerpunkt von der tatsächlichen Gewalt, dem *corpus*, endgültig zum Willen, dem *animus*³. Der Besitz wird so zu einem Recht eigener Art⁴.

In Frankreich geht Esmein davon aus, dass der Besitz der Entstehungsgrund für rechtliche Wirkungen ist, wie zum Beispiel den Besitzerschutz oder die Ersitzung. Er weitet den Begriff des *ius possessionis*, im engeren Sinn des aus der Sachherrschaft fließenden Rechts auf die Besitzwirkungen, so stark aus, dass es zum subjektiven Recht wird⁵. Esmein anerkennt zwar, dass der Besitz in bezug auf den wahren Eigentümer eine Tatsache sei, da dieser die Sache vom Besitzer durch Vindikation herausverlangen könne. Abgesehen von dieser Ausnahme bleibt er aber bei seiner Ansicht.

In einer älteren Auflage haben Aubry und Rau noch die Meinung vertreten, dass man dem Besitz nur dann den Charakter eines Rechts zugestehen könne, wenn man ihn mit der menschlichen Persönlichkeit verbinde. Der Besitz erscheint

1 Kaser II 254;

2 *Possessio solo animo*, hinten § 5 I.C.

3 Kaser II 252.

4 ders. II 254f.; Wesener, a.a.O. 159, 171. Vgl. z.B. Dig. 48.6.5.1.

5 Aubry/Rau/Esmein 117 Nr. 74; vgl. auch Radulesco 21ff.; ähnlich Homberger Vorbem. vor Art. 919 N. 10; Wolff/Raiser 19.

so als Recht; er ist aber nur ein von der Persönlichkeit abgeleitetes und kein selbständiges subjektives Recht wie beispielsweise das Eigentum⁶.

Hinderling spricht auch für das schweizerische Recht von einem zweitklassigen Recht, das dem dem Eigentümer zustehenden ius possidendi, dem Recht auf den Besitz, weichen müsse. Im Gegensatz zu Aubry und Rau bezeichnet er jedoch den Besitz als dingliches Recht, da er dem Schutz der Sachherrschaft und nicht primär dem Persönlichkeitsschutz diene⁷.

Die Meinungen von Aubry, Rau und Esmein setzen sich von denen zweier Autoren ab, die das französische Besitzrecht massgeblich beeinflusst haben, nämlich Pothier und Savigny. Auch unter den modernen Juristen Frankreichs haben sie keine Anhänger.

Für Pothier ist der Besitz eine Tatsache (fait), da man unmöglich von einem Recht sprechen könne, solange auch ein Dieb als Besitzer angesehen werde. Er räumt jedoch ein, dass er keine gewöhnliche Tatsache sei, verleihe er doch dem Besitzer allein aufgrund seiner Herrschaft über die Sache gewisse Rechte⁸. Savigny stellt die Detention als faktischen in Gegensatz zum Eigentum als rechtlichem Zustand⁹. Der Besitz ist, nicht nur die reine Sachherrschaft (Detention), sondern auch die Rechtsfolgen beinhaltend, ein "Factum mit rechtlichen Folgen" oder eine Tatsache und ein Recht zugleich¹⁰.

6 Aubry/Rau, 4. Aufl., Paris 1869, Bd. 2, § 177 S. 79. Auch Savigny bezeichnet den Besitz an einer Stelle (S. 55) als Recht, da der faktische Zustand mit der Person verbunden sei.

7 Hinderling 407f; vgl. auch Rey, Syst. Teil N. 108ff.

8 Pothier, Possession Nr. 2, 82ff.; ebenso Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 203.

9 Savigny 27; ebenso Kaser I 384;

10 Savigny 43f., 55; ebenso für das schweizerische Recht Hinderling 405; Stark Art. 919 N. 20.

II. Die modernen französischen Autoren sind sich darüber einig, dass der Besitz eine Tatsache ist. Für die einen stellt er eine reine Tatsache (un simple fait) dar; sie gehen aber von der einfachen tatsächlichen Gewalt über die Sache aus, ohne die Rechtswirkungen zu betrachten. Sie sind der Ansicht, dass man nur dann vom Besitz als einer rechtlichen Institution sprechen könne, wenn man die Mittel betrachte, durch die das Gesetz ihn schützt¹¹.

Andere bestimmen die Rechtsnatur durch eine umfassendere Beurteilung des Begriffs des Besitzes. Dieser besteht nicht nur aus einer einfachen tatsächlichen Beziehung, sondern gehört zur Ausübung des Eigentums und entfaltet deshalb verschiedene rechtliche Wirkungen. Er ist also eine Tatsache, die rechtlich qualifiziert ist, oder anders ausgedrückt, eine rechtliche Tatsache (un fait juridique)¹². Damit schliesst sich der Kreis zum klassischen römischen Recht¹³.

III. Heute mehren sich die Stimmen, die die Kontroverse über die Rechtsnatur des Besitzes für überflüssig oder praktisch bedeutungslos halten. Wenn man sich vor Augen hält, unter welchen verschiedenartigen Funktionen der Besitz auftritt und was für verschiedene Funktionen er zu erfüllen hat¹⁴, so ist es allerdings unmöglich, seine Rechtsnatur umfassend zu bestimmen¹⁵.

11 Planiol/Ripert/Picard, Text und Fn. 2 zu Nr. 143; Ripert/Boulanger, Text und Fn. 1 zu Nr. 2282; ähnlich BGE 85 II 280.

12 Carbonnier 186 Nr. 44; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 372, 398; Ferradou 143, 176f.; Ortscheidt 37, 87; Weill Nr. 363; Zachariä/Crome 454; ebenso Stark Art 919 N. 20. Vgl. zu diesem Problem die Zusammenstellung bei Stark Art. 919 N. 22 a-c.

13 Siehe vorne I.

14 Sog. Relativität des Besitzbegriffes, vgl. Homberger Vorbem. vor Art. 919 N. 8; Stark Art. 919 N. 1; Tuor/Schnyder 505f.

15 Hinderling 408; Homberger a.a.O. N. 10; Mazeaud/de Juglart Nr. 1432; Stark Art. 919 N. 19.

§ 3 GRUND DER BESITZWIRKUNGEN

I. In einer primitiven Gemeinschaft ist es vor allem die physische Gewalt, die zählt. Beherrscher einer Sache ist, wer sie in seinen Besitz genommen hat. Entwickelt sich die Gesellschaft zu einer zivilisierten, so kümmert sie sich aber auch um die Berechtigung, aufgrund derer jemand eine Sache in seiner Gewalt hat. Entscheidend ist deshalb nicht nur die Tatsache der Sachherrschaft.

Wenn man sich bewusst ist, dass der Besitz oft gegen das Recht gerichtet ist, stellt sich die Frage, warum ihn alle Rechtsordnungen seit jeher mit Wirkungen ausstatten, warum sie selbst den bösgläubigen Besitzer gegen den wahren Eigentümer prozessual schützen und es zulassen, dass jener nach einer gewissen Dauer sogar das Recht durch Ersitzung erwerben kann. Trotz dieses auf den ersten Blick paradox erscheinenden Zustandes kann jedoch das Recht einer so wichtigen tatsächlichen Situation wie dem Besitz nicht unbeteiligt gegenüberstehen, da es nicht nur logische, sondern auch soziale Funktionen hat¹.

II. Meistens ist es aber so, dass der Besitzer zugleich Eigentümer der Sache ist. Aus diesem Grund wird das Recht hinter der tatsächlichen Sachherrschaft vermutet. Wenn deshalb die Rechtsordnung den Besitz schützt, geschieht dies, um damit das Eigentum zu schützen². Würde sie ihn hingegen nicht schützen, könnte sich also der besitzende Eigentümer im Prozess nicht auf die Vermutung des Rechts stützen, die aus der Sachherrschaft fließt, so müsste er immer sein Recht beweisen, was unter Umständen sehr schwierig, wenn nicht unmöglich

1 Vgl. dazu Jhering, Besitzesschutz 3; Josserand Nr. 1387; Mazeaud/de Juglart Nr. 1412, 1432.

2 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 210; Carbonnier 284 Nr. 66; Ferradou 53ff.; Jhering, a.a.O. 45ff.; Josserand Nr. 1388; Marty/Raynaud Nr. 14; Stark Vorbem. Besitzesschutz N. 4; Vincent/Guinchard Nr. 55.

ist³. "Das Besitzesrecht hat keine selbständige, von der übrigen Rechtsordnung losgelöste Bedeutung; es dient vielmehr dem Schutz und der praktischen Anwendung und Verwirklichung der dinglichen und (mit Vorbehalten auch im französischen Recht⁴) obligatorischen Rechte an Sachen und Rechten"⁵.

III. Das Gesetz stattet aber auch dann den Besitz mit Wirkungen aus, wenn Eigentümer und Besitzer nicht identisch sind, und das selbst, wenn sie sich gegen den wahren Eigentümer richten. Die Rechtsordnung gewährt einem solchen Besitz, sei sein Inhaber gut- oder bösgläubig, gerichtlichen Schutz, um den Rechtsfrieden zu bewahren. Der Eigentümer soll davon abgehalten werden, sich der Sache durch Selbstjustiz zu bemächtigen. Jedermann soll sich, um zu seinem Recht zu gelangen, auf den gerichtlichen Weg begeben⁶.

Der Besitzesschutz stellt deshalb vor allem eine Barriere gegen das Faustrecht dar. Er dient nicht nur privaten, sondern auch öffentlichen Interessen: dem Schutz des allgemeinen Friedens und der öffentlichen Ordnung⁷. Es wird auch eine persönliche Komponente ins Spiel gebracht mit dem Hinweis, durch den Schutz der Herrschaft über die Sache werde die Persönlichkeit des Einzelnen geschützt⁸.

3 Die sogenannte probatio diabolica des gemeinen Rechts. Vgl. Mazeaud/de Juglart Nr. 1413; Jhering, Besitzesschutz 53ff.; Fritz Schulz, Classical Roman Law, Oxford 1951, S. 369f.

4 Anm. des Verfassers.

5 Stark Einl. N. 66.

6 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 209; Carbonnier 186 Nr. 44; Homberger Art. 926 N. 2; Mazeaud/de Juglart Nr. 1414; Stark Einl. N. 69, Vorbem. Besitzesschutz N. 2; Vincent/Guinchard Nr. 55; Zachariä/Crome 457; vgl. auch Kaser I 396; Wolff/Raiser 52f.

7 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 212; Wolff/Raiser 52.

8 Savigny 30ff.; Stark Vorbem. Besitzesschutz N. 3.

Die gesetzlichen Bestimmungen über den Besitzesschutz haben allerdings an Bedeutung verloren, da der Verletzte auch mittels vorsorglicher Massnahmen zum Ziel kommen kann⁹. Ein französischer Autor plädiert deswegen dafür, wenigstens die Besitzesschutzklage, die zur Wiederherstellung des gewaltsam entzogenen oder gestörten Besitzes dient, die *ré-intégrande*, abzuschaffen¹⁰.

Es gibt jedoch noch einen anderen Grund, weshalb der Schutz der Besitzes notwendig ist: der Geschäftsverkehr muss erleichtert und seine Sicherheit gewährleistet werden. Der Käufer einer Sache soll darauf vertrauen können, dass der Verkäufer zu ihrer Veräusserung berechtigt ist, und nicht befürchten müssen, dass sich der wahre Eigentümer der Sache bemächtigen kann¹¹.

Mit diesen Ueberlegungen ist jedoch die Frage noch nicht beantwortet, warum ein bösgläubiger Besitzer nicht nur geschützt wird, sondern auch die Sache ersitzen kann. Man erhält eine Antwort, wenn man das wirtschaftliche Interesse, das jemand an der Sache hat, betrachtet. Das Recht zieht jenen vor, der die Vorteile eines Rechts tatsächlich ausübt und eine Sache wirklich nutzt. Der nichtbesitzende Eigentümer, der sich nicht um die Sache kümmert, wird als wirtschaftlich schädlich angesehen¹².

9 Mazeaud/de Juglart Nr. 1466; Stark Vorbem. Besitzesschutz N. 4, 104.

10 Jean Viatte, *La protection possessoire et la réintégration*, in: *Revue des loyers et des fermages*, 1977, 399s; vgl. auch Wolff/Raiser 53.

11 Mazeaud/de Juglart Nr. 1414f.; Weill Nr. 360.

12 dieselben a.gl.O.

§ 4 BEREICH

I. Sachbesitz

Ursprünglich hatte der Besitz nur körperliche Sachen als Gegenstand. Ausgeschlossen vom wahren Besitz waren somit alle Rechte ausser dem Eigentum. Zum Ausdruck kommt dies in einem Grundsatz des Corpus iuris civilis von Paulus:

Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.¹

Unter den körperlichen Sachen gibt es heute wie damals einige, die man nicht besitzen kann. Aus der engen Beziehung zwischen der Ersitzung und ihrer Hauptvoraussetzung, dem Besitz, folgt, dass dieser auf solche Sachen beschränkt bleibt, die zur Ersitzung geeignet sind². Im Code civil ist dafür die folgende Regel aufgestellt:

Art. 2226: On ne peut prescrire le domaine des choses
qui ne sont point dans le commerce.

Aus der Norm von Art. 2226 kann der Schluss gezogen werden, dass alle verkehrsfähigen Sachen, mit anderen Worten, alle Sachen, die veräußert werden können, ersitzungsfähig sind. Diese Regel leidet unter einer einzigen Ausnahme: Man kann unsichtbare und nicht dauerhafte Servituten zwar veräußern, aber nicht ersitzen³.

Nicht nur aufgrund des Art. 2226, sondern auch aus dem Begriff des Sachenrechts im französischen Recht (droit des biens)⁴ ergibt sich, dass nicht verkehrsfähige Sachen nicht in den Bereich des Besitzes fallen. Welches sind nun aber diese Sachen?

1 Dig. 41.2.3 pr.; ebenso Pothier, Possession Nr. 37.

2 Vgl. dazu Ortscheidt 56.

3 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 123; Gaudin de Lagrange/Radouant Nr. 14. Vgl. auch hinten § 12 III.

4 Vgl. z.B. Carbonnier 67 Nr. 16.

Erstens gehören dazu die sogenannten *res communes omnium*, die wegen ihrer natürlichen Beschaffenheit ausserhalb des Verkehrs stehen, wie die Luft und das Meer⁵ oder Flüsse und Bäche⁶. Weiter kann man Sachen, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bestimmung ausserhalb der Privatrechtsordnung stehen, zum Beispiel der Immatrikulation unterliegende Schiffe⁷, nicht besitzen.

Das gleiche gilt für die *res publicae*⁸:

Sie fallen in den Bereich des öffentlichen Rechts; man kann sie deshalb unmöglich besitzen, sondern nur *detinieren*⁹. Die Gerichte haben dem Staat und den Gemeinden dennoch schon immer den Besitzerschutz gewährt, wenn die Herrschaft über ihnen gehörende Sachen von Dritten gestört wurde. Sie begründeten ihre Entscheidung damit, dass das den öffentlich-rechtlichen Körperschaften zustehende Recht über diese Sachen in den praktischen Auswirkungen dem Eigentum gleichzustellen sei¹⁰.

Nicht unbedingt zu den öffentlichen Sachen an sich gehören Teile davon. So kann eine Privatperson Bäume und Hecken, die auf öffentlichem Grund gepflanzt sind, unabhängig vom Boden als Eigentümer besitzen¹¹.

Durch diese Entscheide wird eine weitere Tatsache offenbar: Besitz ist nicht nur am Ganzen einer Sache, son-

5 Gaudin de Lagrange/Radouant Nr. 15.

6 Ripert/Boulanger Nr. 2284; Weill Nr. 366.

7 Cornu Nr. 1625; Gaudin de Lagrange/Radouant Nr. 12.

8 Civ. 3e 11 déc. 1968, Bull.civ. III. no. 539; Ferradou 152; Gaudin de Lagrange/Radouant Nr. 16; Josserand Nr. 1393; Mazeaud/de Juglart Nr. 1416; Ripert/Boulanger Nr. 2284. Ebenso schon Dig. 41.3.9; Pothier, Possession Nr. 37.

9 Civ. 1re 6 avril 1960, Gaz.Pal. 1960.2.36, H. Solus in Rev.trim. dr.civ. 1960, 689f.; vgl. auch Stark Einl. N. 66, 69.

10 Civ. 31 déc. 1855, S. 56.1.209; Req. 9 janv. 1872, D. 72.1.41; Planiol/Ripert/Picard Nr. 144.

11 Civ. 18 mai 1858, D. 58.1.218; Req. 23 déc. 1861, D. 62.1.129; Civ. 8 nov. 1880, D. 81.1.28.

dern auch an Teilen davon möglich¹².

Durch die Bestimmung, man könne nur körperliche Sachen besitzen, werden bis heute allgemein Sach- und Rechtsge-
samtheiten vom Bereich des Besitzes ausgeschlossen. Der Be-
sitz bezieht sich wie das Eigentum, dessen äusserer Schein
er ja ist, nur auf bestimmte Sachen¹³. Ein Erbe hat demnach
an den einzelnen Teilen der Erbschaft und nicht an ihr sel-
ber Besitz¹⁴.

II. Rechtsbesitz

A. Ein Vorläufer des Rechtsbesitzes war die quasi posses-
sio des Nutzniessers im römischen Recht¹⁵. Ihm wurde das
Recht zugestanden, sich mittels sogenannter interdicta uti-
lia gegen tatsächliche Störungen seines Rechts durch Drit-
te zu schützen. Im Grunde genommen lag in diesem Falle noch
kein Rechtsbesitz vor, denn die quasi possessio bedeutete
nicht Besitz eines Rechtes, der Nutzniessung, sondern war
eine Quasi-Herrschaft über eine körperliche Sache¹⁶.

Neben dem Nutzniesser erhielten mit der Zeit auch andere
Personen Interdiktenbesitz, so der Prekarist, der Pfand-
gläubiger und der Sequester¹⁷. Langsam bildete sich ein
neues Rechtsinstitut heraus, die iuris possessio. Sie war
im justinianischen Recht bereits grundsätzlich anerkannt,
obwohl noch im klassischen Recht unkörperliche Sachen dem

12 So auch im schweizerischen Recht: Homberger Art. 919 N. 16; Stark
Einl. N. 71.

13 Aubry/Rau/Esmein, Text und Fn. 31 zu Nr. 75; Carbonnier 176 Nr.
42; Josserand Nr. 1393; Mazeaud/de Juglart Nr. 1416; Ortscheidt
57; Weill Nr. 366. Ebenso Jhering, Besitzeschutz 144f.; Stark
Einl. N. 79 (Spezialitätsprinzip).

14 Civ. 26 janv. 1914, D. 1914.1.112; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr.
202; Rodière Nr. 9.

15 Dig. 43.16.3.17.

16 Kaser II 255f.; Wesener, Rechtsbesitz 455f.

17 Kaser I 388f.

Besitz nicht zugänglich waren¹⁸.

Der Rechtsbesitz war aus einem praktischen Bedürfnis entstanden. Es zeigte sich als notwendig, dass die Inhaber gewisser Rechte sich gegenüber Störungen ihres Rechtes selber schützen konnten und dazu nicht auf die Hilfe des Eigentümers angewiesen waren¹⁹.

Heute wird der Begriff der *iuris possessio* in der französischen Doktrin für irreführend gehalten, falls er in Gegensatz zur *possessio rei*, dem Sachbesitz, gestellt wird. Gewöhnlich bedeutet *iuris possessio* die tatsächliche Ausübung des (beschränkten dinglichen) Rechts, *possessio rei* die tatsächliche Ausübung des Eigentums²⁰. Genau genommen ist jedoch auch der Sachbesitz eine *iuris possessio*, da auch er die tatsächliche Ausübung eines Rechts ist, nämlich des Eigentums²¹.

B. Gegenstand des Rechtsbesitzes ist wie beim Sachbesitz die Ausübung und der Genuss des Rechts²². Das *corpus* ist bei jedem Rechtsinstitut verschieden ausgestaltet. So steht dem Nutzniesser die gleiche Sachherrschaft wie dem Eigentümer zu, Art. 578. Der Pfandgläubiger hingegen hat nur das Recht, die Sache zu verwahren; Gebrauch und Nutzung sind ihm untersagt.

Im Art. 2228 wird zwischen Sach- und Rechtsbesitz nicht

18 So ausdrücklich Dig. 41.3.4.26 (27); Wesener, Rechtsbesitz 454, 456.

19 Bruns 82; Planiol/Ripert/Picard Nr. 143; Ripert/Boulanger Nr. 2283; Rodière Nr. 4; Trigeaud 235f. Nr. 231; Weill Nr. 364.

20 Bruns 77; Homberger Art. 919 N. 19ff.; Planiol/Ripert/Picard a.gl.O.; Ripert/Boulanger a.gl.O.; Savigny 192f.; Stark Art. 919 N. 62ff.; Weill a.gl.O.

21 Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 273; Marty/Raynaud Nr. 13; Mazeaud/de Juglart Nr. 1416; Planiol/Ripert/Picard a.gl.O.; Ripert/Boulanger a.gl.O.; Rodière Nr. 5; Weill a.gl.O.; ebenso Hinderling 412 Fn. 9.

22 So schon Pothier, Possession Nr. 38; vgl. auch Trigeaud 236 Nr. 232.

mehr unterschieden. Beide Arten haben die gleichen Voraussetzungen für Erwerb, Erhaltung und Verlust, beide müssen, um rechtlich wirksam zu sein, die gleichen Qualitäten aufweisen und werden durch die gleichen Klagen geschützt²³.

C. Es besteht jedoch eine Nuance zwischen den beiden Arten zu besitzen: beim Sachbesitz spielt es keine Rolle, ob man sagt, man besitze die Sache oder das Recht. Der Rechtsbesitz hingegen führt zu einer Spaltung: gegenüber Dritten tritt der Rechtsbesitzer als normaler Besitzer auf und kann sich mittels des Besitzschutzes gegen sie wehren. Andererseits anerkennt er das Recht des Eigentümers und kann deshalb nur sein Recht, nicht aber die Sache ersitzen²⁴. Seine doppelte Stellung wird durch den Satz "Fundum fructuaris possidet alii, non sibi; ius utendi sibi" ausgedrückt²⁵.

D. Als Rechtsbesitzer gelten im französischen Recht der Nutzniesser (*usufruitier*), der Inhaber gewisser Grunddienstbarkeiten (*titulaire d'une servitude*)²⁶, der Nutzungspfandgläubiger, dem ein Grundstück zu Pfand gegeben wird (*créancier antichrésiste*), der Pfandgläubiger einer beweglichen Sache (*créancier gagiste*)²⁷, der Erbbauberechtigte (*superficiaire*)²⁸,

23 Vgl. Ferradou 152f.

24 Civ. Ire 13 févr. 1963, Bull.civ. I. no. 103; Ortscheidt 138f. Weiteres zum Rechtsbesitz siehe v.a. hinten 3. Kap.

25 Zit. nach Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 304; vgl. auch Savigny 119ff., 129, 193f.

26 Genaueres hinten § 12.

27 Baudry-Lacantinerie/Tissier (Nr. 304bis) sind eigentlich dagegen, dass der Pfandgläubiger Besitzer ist, auch wenn sie zugeben, sich damit in Gegensatz zur herrschenden Lehre zu stellen. Aber auch sie erklären Art. 2279 I auf den Pfandgläubiger für anwendbar, vgl. Nrn. 868ff.).

28 Weill (Nr. 9) hält das Erbbaurecht nicht für ein dingliches Recht, was auch ausschliessen würde, dass man es besitzen kann.

der Erbpächter (emphytéote), der Nutzungsberechtigte (usager) und der Wohnrechtsinhaber (titulaire d'un droit d'habitation, habituaire)²⁹.

Ungeklärt ist die Situation noch hinsichtlich des Baupächters (preneur du bail à construction)³⁰ und des Berechtigten einer Nutzungsüberlassung (cessionnaire immobilier)³¹.

Der Kreis der Rechtsbesitzer ist im schweizerischen Recht viel enger, weil ungeachtet seines Rechts jeder, der eine Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat, als Sachbesitzer gilt. Nur dann, wenn die tatsächliche Ausübung eines Rechts keine genügende Sachherrschaft mit sich bringt, wie das bei negativen Grunddienstbarkeiten und den in Frankreich nicht vorkommenden Grundlasten der Fall ist, liegt Rechtsbesitz vor³². Dieser scheint also auf Grundstücke und die hier nicht weiter zu behandelnden Immaterialgüterrechte beschränkt zu sein³³.

29 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nrn. 303ff.; Saint-Alary 60ff.; Trigaud 267ff. Nr. 273ff.

30 Art. 3 I 1. no. 64-1247 du 16 déc. 1964, B.L.D. 1964, 685 gibt dem Baupachtrecht den Charakter eines beschränkten dinglichen Rechts. Für die Anwendung der Besitzregeln tritt Ferid (N. 3 A 103) ein. Vgl. zum Baupachtrecht allgemein: André Boquet in: Gaz.Pal. 1974. 1. doctrine 436; G. Liet-Veaux, Le bail à construction, D. 1965, chron. 71; Mazeaud/de Juglart Nr. 1697-2f.; Roger Saint-Alary, Bail à construction et opérations d'urbanisation, Sem.jur. 1966.1.1976.

31 Art. 48 I. no. 67-1255 du 30 déc. 1967, B.L.D. 1968, 105. Ferid (a.gl.O.) bezeichnet ihn als Besitzer. François Boulanger (Un des nouveaux aspects des "métamorphoses" du droit du bail: la concession immobilière de la loi du 30 décembre 1967, D. 1968, chron. 99) tritt für die Anwendung des Besitzesschutzes auf ihn ein. Mazeaud/de Juglart (Nr. 1697-6) und Weill (Nr. 9) sprechen der concession immobilière den Charakter eines dinglichen Rechts ab. Unentschieden ist Bruno Boccara (La concession immobilière, Sem.jur. 1969. 1.2245).

32 Hinderling 411f.; Stark Art. 919 N. 5, 69; ausführlich Liver Art. 737 N. 130ff.; a.M. Rey, Syst. Teil N. 114ff., v.a. N. 119.

33 Hinderling 413; Homberger Art. 919 N. 20; Stark Art. 919 N. 33. Vgl. jedoch Liver (Art. 737 N. 133f.) und Stark (Art. 919 N. 74f.), die die Möglichkeit des Besitzes persönlicher Dienstbarkeiten erwägen. Im deutschen Recht ist der Rechtsbesitz nicht nur an Grunddienstbarkeiten, sondern auch an beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten möglich, vgl. Wolff/Raiser 75. Zum Besitz an Immaterialgüterrechten vgl. A. Troller, Immaterialgüterrecht, 2. Aufl., Basel und Stuttgart 1968, Bd. I, 82ff.

III. Besitz an nicht dinglichen Rechten

Der Code civil spricht öfters von possession, auch wenn es sich nicht um dingliche Rechte handelt. Der Besitz wird hier im weitesten Sinne des Wortes aufgefasst, nämlich als Schein einer Situation oder eines Rechts. Wegen der verschiedenen Voraussetzungen und Wirkungen sind diese Besitzesarten jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit.

Als Beispiele seien erwähnt der Statusbesitz (possession d'état, Art. 195, 319ff.), der Erbenbesitz (saisine héréditaire, possession d'une hérédité, envoi en possession d'une succession, Art. 724, 770), der Besitz des Vermögens eines Verschollenen (envoi en possession des biens d'un absent, Art. 129). Art. 1240 erwähnt den Forderungsbesitz. Seine Bedeutung liegt darin, dass der Inhaber der Forderung als rechtmässiger Gläubiger gilt. Im Gegensatz zur Forderung hat man bei Inhaberpapieren Sachbesitz am Papier selbst³⁴.

34 Vgl. zum ganzen Abschnitt: Aubry/Rau/Esmein 118 Nr. 75 Fn. 1, Text und Fn. 3 zu Nr. 75; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 201; Carbonnier 176 Nr. 42; Mazeaud/de Juglart Nr. 1416; Planiol/Ripert/Picard Nr. 144; Ripert/Boulanger Nr. 2284; Trigeaud 245 Nr. 245; Weill Nr. 367; Zachariä/Crome 455 Fn. 2a.

§ 5 WESENTLICHE ELEMENTE DES BESITZES

Kein Begriff im Recht des Besitzes hat den Romanisten des 19. Jahrhunderts wie auch den französischen Autoren unserer Zeit so viel Mühe bereitet wie derjenige des Besitzwillens, des *animus possidendi*. Niemand hat je bestritten, dass für den Erwerb des Besitzes zusätzlich zur tatsächlichen Gewalt über die Sache, dem *corpus*, auch ein Wille gehöre, diese wirklich zu besitzen, das heisst, vom *ius possessionis* Gebrauch zu machen¹. Darüber, welcher Art dieser Wille sei, sind sich die Juristen bis heute nicht einig. Der Höhepunkt des Disputes war ohne Zweifel die Kritik von Jhering an Savigny, die in Frankreich eine unvergleichlich grössere Bedeutung als in der Schweiz erlangt hat.

In der Folge wird zuerst das *corpus*, die für den Besitz erforderliche Sachherrschaft, und dann der *animus*, der Wille, der nötig ist, um diese Herrschaft zum Besitz auszugestalten, dargestellt.

I. Corpus

A. Begriff

Das *corpus* ist die Gesamtheit der Tatsachen und faktischen Handlungen, die den Besitz ausmachen. Es ist dessen materielle, objektive Seite und beinhaltet die physische Gewalt über die Sache, oder anders ausgedrückt, die tatsächliche Sachherrschaft. Die tatsächlich ausgeübten Akte müssen mit dem Recht, aus dem der Besitzer seine Gewalt ableitet oder abzuleiten vorgibt, korrespondieren. Mit Bezug auf den Sachbesitz heisst das, dass der Besitzer sich wie

1 Vgl. Jhering, Besitzwille 22ff.; Savigny 109.

ein Eigentümer benimmt, also die betreffende Sache gebraucht, nutzt, eventuell missbraucht, ausbeutet oder umwandelt².

Nicht anders verhielt es sich im römischen Recht. Auch dort stand dem Eigentümer das *ius utendi, fruendi et abutendi* zu, das er durch tatsächliche Handlungen ausübte. In der französischen Doktrin wird der dargestellte Begriff des *corpus* praktisch nicht bestritten. Eine eigene Definition, die mehr nach wirtschaftlichen als tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten ausgerichtet ist, wird von Saleilles vertreten. Er betrachtet das *corpus* als Gesamtheit der Tatsachen, die von Natur aus eine dauernde wirtschaftliche Beziehung zwischen der Person und der Sache herstellen können³. Diese Definition verträgt sich durchaus mit jener der heute in Frankreich herrschenden Lehre. Saleilles hat sie jedoch in bewussten Gegensatz zur Auffassung von Savigny gestellt, der unter dem *corpus* die rein tatsächliche Gewalt des Besitzenden ohne Bezug auf das Recht sah⁴.

Ob das tatsächliche Verhältnis einer Person zu einer Sache als Besitz angesehen wird, wird durch die Art der Sache und die Verkehrsanschauung bestimmt. So gilt zum Beispiel ein Bauer allgemein als Besitzer seines Pfluges, auch wenn er ihn tagelang unbeaufsichtigt auf dem Felde liegenlässt, was man vom Besitzer eines Koffers nicht sagen kann, wenn ihn dieser für längere Zeit auf dem Bahnsteig stehenlässt⁵.

Auch beim Rechtsbesitz wird das *corpus* durch die Natur der Sache und den Inhalt des Rechts bestimmt. So darf der Nutzniesser die Sache wie ein Eigentümer gebrauchen und nutzen; das Recht zu tatsächlichen und rechtlichen Verfügungen

2 Vgl. statt vieler: Carbonnier 171f. Nr. 41; Mazeaud/de Juglart Nr. 1419; Saint-Alary 24; Weill Nr. 368.

3 Saleilles, Rev. bourg. 1893, 121ff., 697ff., v.a. 734f.; ebenso Raullesco 78f.

4 Saleilles a.a.O. 731; vgl. z.B. Savigny 27, 108.

5 Vgl. Jhering, Besitzerschutz 187; Wolff/Raiser 25f.

steht ihm aber aufgrund von Art. 578 ("... à la charge de ... conserver la substance ((des choses))".) nur soweit zu, als die Sache dabei erhalten bleibt. Ausser gesetzlichen Vorschriften kann auch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Eigentümer und dem Detentor den Umfang des corpus abgrenzen, so zum Beispiel die Bestellung eines Nutzungspfandrechts.

B. Erwerb des corpus

1. Wie schon im römischen gelten auch im französischen Recht für die Bestimmung des corpus verschiedene Voraussetzungen, je nachdem, ob dessen Erwerb oder dessen Erhaltung zur Diskussion stehen⁶.

Das corpus als materielle Seite des Besitzes kann prinzipiell nur durch tatsächliche und nicht durch rechtliche Handlungen erworben werden, da rechtliche Akte auch durch einen Nichtbesitzer ausgeübt werden können. Nötig ist die Aneignung der Sache (appréhension), was bedeutet, dass der Besitzer die Sache am Anfang wirklich innehaben muss⁷. Anders formuliert, kann das corpus nur durch tatsächliche Inbesitznahme (occupation réelle) erworben werden⁸.

In einem Fall, der im Jahre 1948 vom Kassationshof entschieden wurde, berief sich der Kläger darauf, dass er durch Ersitzung Eigentümer des betreffenden Grundstücks geworden sei. Rechtliche Verfügungen konnte er beweisen - er hatte mehrere Teile der Liegenschaft verkauft - , was ihm aber in bezug auf tatsächliche Handlungen nicht gelang. Das Gericht sprach ihm deshalb die Eigenschaft eines Besitzers ab, da wenigstens zu Beginn des Besitzes ein materieller Akt

6 Vgl. Saleilles, Rev. bourg. 1893, 125f.; ebenso für das deutsche Recht: Wolff/Raiser 25f.

7 Civ. 17 mai 1862, D. 62.1.356; vgl. dazu Trigeaud 94 Nr. 72 und Dig. 41.2.3.1.

8 Civ. 9 janv. 1901, D. 1901.1.449; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 218.

stattgefunden haben müsse⁹. So genügen nicht einmal einzelne isolierte Besitzhandlungen, um das corpus zu erwerben¹⁰.

Das Vorausgehende bezieht sich vor allem auf den Erwerb des originären Besitzes; derivativer Besitz kann wegen der möglichen Traditionssurrogate auch ohne tatsächliche Inbesitznahme erworben werden¹¹.

Um zu erkennen, welcher Art die tatsächlichen Akte sein müssen, geht das oberste Gericht konkret auf die wirtschaftliche Bestimmung der Sache ein¹². So war einmal das streitige Grundstück gänzlich nur geeignet, als Steinbruch zu dienen, und jede andere wirtschaftliche Nutzung war unmöglich. Da aber der Kläger keinen Steinbruch eröffnet und auch sonst keine anderen Besitzhandlungen ausgeübt hatte, war es ihm nicht gelungen, das corpus zu erwerben¹³.

2. Die materielle Konzeption der Rechtsprechung stösst bei einem Teil der modernen Autoren auf Kritik. Sie fordern, dass rechtliche Verfügungen, die in bezug auf die Sache getroffen werden, wie zum Beispiel Miete, Pacht und Leihe, für die Bildung des corpus genügend sein sollten, da sie effektiv die Ausübung der Vorrechte des Eigentums bedeuten¹⁴. Berücksichtigt man sodann, dass im französischen

9 Civ. 13 déc. 1948, D. 1949, 72; ebenso Civ. 1re 10 févr. 1965, Bull. civ. I. no. 119; 28 juin 1965, Bull. civ. I. no. 428; Civ. 3e 8 oct. 1975, D. 1975, I.R. 255.

10 Civ. 3e 17 avr. 1969, Bull. civ. III. no. 303.

11 Vgl. dazu für das alte Recht: Pothier, Possession Nr. 43; ders. Propriété Nrn. 194ff., und für das geltende Recht: Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 222; Corlay 87ff. Vgl. auch Planiol/Ripert/Picard Nr. 148; Ripert/Boulanger Nr. 2289.

12 Trigeaud 95f. Nr. 72; vgl. zur wirtschaftlichen Bestimmung der Sache auch Jhering, Besitzerschutz 185, 189f.

13 Civ. 14 nov. 1910, D. 1912.1.483; ebenso Civ. 1re 31 mai 1965, Bull. civ. I. no. 355.

14 Carbonnier 187 Nr. 44; Weill Nr. 368.

Recht eine Intellektualisierung des Besitzbegriffs erfolgt ist, wonach das, was besessen wird, weniger die Sache als das Recht daran ist¹⁵, so kommt man unausweichlich zum Schluss, dass auch rechtliche Akte durchaus die materielle Seite des Besitzes bilden können.

Die Rechtsprechung selbst wendet den von ihr aufgestellten Grundsatz auch nur dann an, wenn eine Streitpartei einen einwandfreien Besitz vorweisen kann. Trotz des Lehrsatzes "In pari causa melior est (condicio) possidentis" wird, wenn beide Parteien im Vindikationsprozess behaupten, sie seien Eigentümer, auf den charakteristischen Besitz abgestellt. Dafür werden neben tatsächlichen ebenso gut rechtliche Akte berücksichtigt¹⁶. So stützen sich die Gerichte auf die tatsächlichen Umstände, auf Urkunden¹⁷, Katasterpläne¹⁸, auf die Tatsache, wer die Steuern für die streitige Sache bezahlt hat¹⁹, usw.

C. Erhaltung des corpus

Schon zur römischen Zeit und unter dem alten französischen Recht galt für die Erhaltung des corpus und damit des Besitzes bei unbeweglichen Sachen die Regel, dass der alleinige Wille, die Sache zu besitzen, genüge (sog. *possessio animo solo*)²⁰. Normalerweise geht der Besitz verloren, wenn der Besitzer der Sache verlustig gegangen ist,

15 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 196; Marty/Raynaud Nr. 17 Fn. 3; Ortscheidt 99; Planiol/Ripert/Picard Nr. 143; Ripert/Boulanger Nr. 2283; Weill Nr. 364.

16 Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 375, 465; Weill Nr. 368, 544ff. Die Rechtsregel stützt sich vermutlich auf Dig. 50.17.128 pr.

17 Req. 22 déc. 1891, D. 92.1.512; 19 avr. 1937, D. 1939.1.24.

18 Civ. 1re 8 nov. 1954, Bull.civ. I. no. 311.

19 Req. 5 mars 1894, S. 98.1.439.

20 Dig. 41.2.3.11, 43.16.1.25; Kaser I 394, II 183, 254f.; Wesener, Ius possessionis 165; Pothier, Possession Nr. 55.

er also keine tatsächliche Gewalt mehr über sie hat. Bei Grundstücken ist jedoch ein ständiger physischer Kontakt oder eine Ueberwachung nicht immer möglich. Falls der Besitz an einem solchen durch eine tatsächliche Aneignung einmal erworben worden ist, genügt deshalb eine virtuelle Gewalt, um ihn zu erhalten²¹, vorausgesetzt jedoch, dass Dritte aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse jemanden als Besitzer des Grundstücks erkennen können²².

Der Besitz animo solo unterliegt einer wichtigen Bedingung: man kann den Besitz nur dann mit der Absicht allein bewahren, wenn er nicht durch eigenen Willen aufgegeben worden ist oder durch einen anderen gegensätzlichen, wirksamen Besitz zerstört wird, sich beispielsweise jemand des Grundstücks bemächtigt. So wie der Dieb hat auch der Usurpator Besitz an der Sache. Der alte Besitz gilt in Frankreich aber erst dann als endgültig beseitigt, wenn der Besitzer nicht innerhalb eines Jahres eine Besitzesschutzklage erhebt^{23 24}.

Im frühklassischen römischen Recht trat hingegen der Verlust des Besitzes sofort ein, sobald sich ein Dritter des Grundstückes bemächtigt und der alte Besitzer nicht sofort gehandelt hatte²⁵. Hatte dieser es aber unterlassen, so konnte er nur noch aus dem Recht klagen.

21 Civ. 3e 15 mars 1977, Bull.civ. III. no. 121, C. Giverdon in Rev. trim.dr.civ. 1978, 384; Gaudin de Lagrange/Radouant Nr. 19.

22 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nrn. 228ff.; Carbonnier 171ff. Nr. 41, 187 Nr. 44; Corlay 93f.; Lambert 128; Marty/Raynaud Nr. 17; Ortscheidt 252f.; Rodière Nr. 16; Trigeaud 97f. Nr. 73; Civ. 12 févr. 1889, D. 89.1.229; 14 nov. 1910, D. 1912.1.483.

23 Req. 13 mars 1867, D. 67.1.399; Civ. 27 mars 1929, D.H. 1929, 250; Civ. 3e, zit. Fn. 21. Zum schweizerischen Recht, vgl. § 7 I. B.

24 Vgl. zum Verhältnis Besitz animo solo und Unterbrechung des Besitzes § 7 I.

25 Dig. 41.2.6.1. Anders, nämlich ähnlich wie im französischen Recht, war die Regelung des spätklassischen Rechts: Dig. 41.2.44.2 bis 46, vgl. Wesener, Ius possessionis 165.

D. Besitz corpore alieno

Der Besitzer braucht die Sachherrschaft nicht selber auszuüben, sondern er kann sich dazu eines Besitzmittlers (intermédiaire) bedienen. In diesem Fall besitzt er corpore alieno ; den animus domini hat er weiterhin selbst. Der andere, im französischen Recht Detentor (détenteur) genannt, hat die tatsächliche Gewalt über die Sache im Namen des Eigentümers inne²⁶.

Das corpus kann zum Beispiel beim Vorliegen eines Auftrages durch eine andere Person erworben werden. Kauft der Beauftragte eine Sache im Namen seines Mandanten, so erwirbt er die tatsächliche Gewalt. Es fehlt ihm aber der Wille, die Sache für sich zu besitzen, denn dieser Wille ist beim Auftraggeber vorhanden, was aus dem Auftragsverhältnis folgt. Sobald der Beauftragte die Sachherrschaft erlangt hat, wird der Mandant Besitzer²⁷.

Auch im schweizerischen Recht wird bei direkter Stellvertretung der Vertretene mit dem Erwerb der Sachherrschaft durch den Beauftragten Besitzer²⁸. Unterschiede zum französischen Recht bestehen darin, dass der Auftraggeber in Frankreich als Besitzer corpore alieno und der Beauftragte als Detentor gelten; in der Schweiz hingegen sind beide Besitzer: der Auftraggeber selbständiger und mittelbarer, der Beauftragte unselbständiger und unmittelbarer.

Wie im Falle des Auftrages kann der Besitz auch dann corpore alieno erworben werden, wenn jemand ein Kauftermingeschäft tätigt. Aufgrund des in Frankreich herrschenden Konsensprinzips (Art. 1583) erwirbt der Käufer das Eigentum

26 Civ. 20 mai 1889, D. 90.1.247; Req. 25 juin 1914, S. 1918/19.1.169. Vgl. auch Art. 2228: "... par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom".

27 Aubry/Rau/Esmein 121 Nr. 76; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 227; Rodière Nr. 22. Ebenso schon Savigny 305ff.

28 Homberger Art. 923 N. 10; Stark Art. 923 N. 10.

an der Sache sofort beim Vertragsabschluss. Bis zum Moment der Lieferung behält der Verkäufer die Gewalt über die Sache, er übt sie jedoch nicht mehr für sich, sondern für den Käufer aus²⁹.

Dies ist der Fall des Besitzkonstituts (*constitutum possessorium*). Wegen der Anwendung des Konsensprinzips ist also, anders als im schweizerischen Recht, Art. 924 ZGB), kein besonderes Rechtsgeschäft nötig, um das Konstitut entstehen zu lassen. Der Käufer wird sowohl Besitzer wie auch Eigentümer beim Abschluss des Vertrages; die tatsächliche Herrschaft über die Sache übt er jedoch nicht aus. Er erwirbt den Besitz deshalb *corpore alieno*. Der Verkäufer verliert die Eigenschaft eines Besitzers und wird Detentor der Sache³⁰.

Auch im schweizerischen Recht wird beim Vorliegen eines Besitzkonstituts der Käufer einer Sache sofort beim Vertragsschluss Besitzer, da das Konstitut die Tradition ersetzt. Der Verkäufer ist in der Folge nur noch unselbständiger Besitzer³¹. Um auf das Beispiel des Termingeschäftes zurückzukommen: Da in der Schweiz das Traditionsprinzip gilt, stellt sich das Problem des französischen Rechts nicht. Der Verkäufer bleibt bis zur Uebertragung der Sache an den Käufer Besitzer, und dieser erhält diese Eigenschaft erst mit der Uebergabe der Sache.

Besitz *corpore alieno* tritt nicht nur beim Erwerb, sondern vor allem während der Dauer des Besitzes ein. Nachdem der Eigentümer die Herrschaft über die Sache selbst ausgeübt hat, gibt er die Sache einem andern. Er verliert zwar so seine

29 Civ. 3e 6 mars 1974, D. 1974, somm. 63; Marty/Raynaud Nr. 18; Mazeaud/de Juglart Nr. 1421; Ortscheidt 245. Nach Baudry-Lacantinerie/Tissier (Nr. 306) besitzt der Verkäufer ohne Verpflichtung, die Sache zu übergeben, wenn kein Lieferungstermin abgemacht wurde. Er wäre dann nicht Detentor, sondern Ersitzungsbesitzer.

30 Mazeaud/de Juglart Nr. 1471; Weill Nr. 373.

31 Homberger Art. 924 N. 12; Stark Art. 924 N. 44.

Gewalt über die Sache, sein Besitz daran bleibt aber dennoch erhalten. Meistens wird die Sachübergabe aufgrund eines Vertrages geschehen, zum Beispiel einer Leihe. Der Verleiher als Eigentümer bleibt Besitzer, der Entleiher als sein Detentor übt den Besitz nicht für sich, sondern für den andern aus.

E. Mehrfacher Besitz

Mehrfacher Besitz, wie in Art. 920 ZGB vorgesehen, ist in Frankreich begrifflich nicht möglich. Der römischen Tradition folgend, können mehrere Personen nicht gleichzeitig Besitzer der gleichen Sache sein³². Der Eigentümer, der eine Wohnung vermietet, bleibt als einziger ihr Besitzer und der Mieter ist wie erwähnt nur Detentor.

Auf der tatsächlichen Seite unterscheidet sich ein französischer Detentor von einem schweizerischen unselbständigen Besitzer überhaupt nicht. Auch wenn man die rechtlichen Wirkungen betrachtet, ergeben sich kaum grosse Unterschiede³³.

II. Animus

A. Historische Einführung

1. Während der Begriff des corpus nie grosse Kontroversen ausgelöst hat, bewirkten unterschiedliche Ansichten über den Besitzwillen, den animus possidendi, völlig verschiedene Auffassungen zum Begriff des Besitzes überhaupt, was sich auf das gesamte Besitzrecht niederschlug.

³² Dsg. 41.2.3.5; Pothier, Possession Nr. 4; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 206; Trigeaud 184ff. Nr. 170ff.

³³ Vgl. hinten II. C. und § 11.

Die entscheidende Stelle des klassischen römischen Rechts, die jeder, der sich Gedanken über den Besitz macht, bewältigen muss, ist jene von Paulus in den Digesten des Corpus iuris civilis:

Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.³⁴

(Wir erwerben den Besitz durch tatsächliche und willentliche Aneignung, nicht aber aufgrund des Willens allein oder bloss tatsächlichen Ergreifens³⁵).

Der grosse Streitpunkt dieses Textes betrifft die Natur des erwähnten animus, worauf im folgenden eingegangen wird.

Im justinianischen Recht wurde für den Besitz der animus domini gefordert. Es wurden nur der Eigentums- und der Ersitzungsbesitzer als wirkliche Besitzer betrachtet. Nur sie kamen in den Genuss der Hauptwirkungen des Besitzes, seines Schutzes und der Ersitzung³⁶.

2. Pothier folgte bei der Erklärung des "ancien droit", des alten französischen Rechts, seinen römischen Vorbildern: ohne den Willen zu besitzen, konnte man keinen Besitz erwerben³⁷. Dieser Wille ist für Pothier der animus dominantis, der Wille, eine Sache wie ein Eigentümer zu besitzen, obman es nun ist oder auch nur zu seinglaubt³⁸. Auch eine Person, die die Sache ohne jegliche Berechtigung innehat, hat den animus dominantis und wird nach gewisser Zeit durch die unwiderlegbare Vermutung der Ersitzung zum Inhaber des

³⁴ Dig. 41.2.3.1; vgl. dazu Civ. 17 juin 1862, S. 62.1.117.

³⁵ Uebersetzt in Anlehnung an Bruno Huwiler, Textgrundlage für die Quellenlektüre im römischen Recht, 2. Aufl., Zürich 1981, S. 30.

³⁶ Kaser II 282f. Zu den Rechtsbesitzern vgl. vorne § 4 II.

³⁷ Pothier, Possession Nr. 40.

³⁸ ders. a.a.O. Nr. 6.

Rechts, zum Eigentümer³⁹.

3. Savigny kam ebenso wie Pothier aufgrund der Ueberlegung, dass der Besitz mit dem Eigentum korrespondiere, zum Schluss, dass der Besitzwille nur der animus domini sein könne⁴⁰. Besitzer ist damit jener, der die Sache wie ein Eigentümer behandelt und insbesondere keinen besser Berechtigten über sich anerkennt. Die letzte Bedingung ist allerdings schon in Savignys Begriff des corpus enthalten, das nur dann als erworben gilt, wenn durch die eigene Sachherrschaft die Gewalt Dritter ausdrücklich ausgeschlossen wird⁴¹.

Alle, die das corpus für den Eigentümer der Sache ausüben, also denen der animus domini fehlt, gelten nicht als Besitzer, so der Mieter, der Pächter und alle, die die Sache aufgrund eines obligatorischen Rechts innehaben. Eine Ausnahme bilden jene Personen, die ein beschränktes dingliches Recht an der Sache haben, wie beispielsweise ein Nutzniesser. Ihnen hat der Eigentümer zusammen mit der Sache auch das ius possessionis übertragen. Sie haben den animus sibi habendi und profitieren wie die Eigenbesitzer von den Besitzwirkungen⁴².

4. Aufs heftigste griff Jhering Savignys Theorie des animus domini, von ihm selbst Subjektivitätstheorie genannt, an⁴³. Auch für ihn besteht zwar der Besitz notwendigerweise aus zwei Elementen, dem corpus als materiellem Teil der

39 Pothier, Possession Nr. 10. Die Terminologie Pothiers für den animus dominantis ist nicht einheitlich. Er spricht auch von animus domini und animus tanquam rem propriam, vgl. Pothier, Prescription Nrn. 27, 282. Seit Savigny wird in der Rechtswissenschaft allgemein der Ausdruck animus domini verwendet.

40 Savigny 109f.

41 ders. 213.

42 ders. 109ff., 193ff., 282ff.

43 Jhering, Besitzwille 7.

Sachherrschaft und dem animus als Wille, sich jene zunutze zu machen. Die beiden Elemente sind jedoch untrennbar miteinander verbunden; das corpus stellt die äussere Kundbarmachung des Willens dar. Ohne Willen gibt es kein corpus, die Person bleibt in einem blossen räumlichen Verhältnis zur Sache ohne rechtliche Relevanz⁴⁴. Der animus possidendi ist absolut unabhängig von jeder Beziehung zum Eigentum und nicht mit dem animus domini gleichzusetzen. Er richtet sich allein auf die tatsächliche Innehabung und Gewalt über die Sache. Der Wille, sich wie ein Eigentümer zu verhalten, spielt somit keine Rolle bei der Entscheidung über die Person des Besitzers.

Was für Savigny in dem Sinne, dass ihnen Besitzesschutz gewährt wurde, Ausnahmen waren, nämlich die Fälle des abgeleiteten Besitzes⁴⁵, sind für Jhering die Regel. Als Ausnahme zählt die reine, untergeordnete Detention, die keinen possessorischen Schutz geniesst und nicht zur Ersitzung führt⁴⁶. Mit dieser Betrachtungsweise wird die gewöhnliche Detention zum Besitz, wenn auch nur zu einem mangelhaften, weil ein Detentor von der Ersitzung ausgeschlossen bleibt⁴⁷.

Die Tatsache, dass das römische Recht gewissen Gewaltverhältnissen den Schutz der Gerichte versagte, hat nach Jhering seinen Grund allein in praktischen Erwägungen und ist die Folge der sozialen Verhältnisse in Rom. Die Mieter und Pächter lebten in der Regel in der Abhängigkeit von Vermieter und Verpächter und genossen deren persönlichen Schutz. Oeffentlicher Schutz in Form der Interdikte war nicht mehr nötig. Da sich aber die sozialen Verhältnisse

44 Jhering, Besitzwille 21, 36; ebenso für das heutige französische Recht: Corlay 69; für das deutsche: Wolff/Raiser 25, 38.

45 Savigny 282ff.

46 Jhering, a.a.O. 8, 17f.

47 Vgl. dazu Weill Nr. 370.

seither geändert haben, und zwar so, dass heute ein Mieter nicht mehr persönlich und wirtschaftlich vom Vermieter abhängig ist, besteht kein Grund mehr, dem Detentor den Besitzesschutz und damit die Anerkennung als Besitzer zu verweigern⁴⁸.

5. Um die Theorie des animus possidendi von Saleilles verstehen zu können, muss zuerst gezeigt werden, wie er den Besitz allgemein definiert.

Er macht das Beispiel des Corpus iuris civilis, wonach der Jäger Besitzer des Wildschweines wird, sobald es in seine Falle geraten ist, zum Ausgangspunkt einer eigenen Theorie des corpus⁴⁹. Für ihn zeigt das Beispiel deutlich, dass man Besitzer werden kann, auch wenn man weder direkt die Sachherrschaft noch die Obhut (custodia) an der Sache hat⁵⁰. Es genügt, wenn Dritte erkennen können, dass jemand ein Interesse an der wirtschaftlichen Nutzung der Sache hat und sich deshalb als Beherrscher der Sache fühlt. Der Besitz erscheint so als eine wirtschaftliche Beziehung zwischen Mensch und Sache und das corpus als deren äusserer Ausdruck⁵¹.

Saleilles schlägt sich im folgenden auf die Seite von Jhering, wonach der Begriff des Besitzes keinen animus domini voraussetzt, und der Ausdruck animus oder animus possidendi in den römischen Quellen nicht identisch mit dem Willen ist, sich wie ein Eigentümer zu verhalten. Der Besitzwille ist somit nicht ein unabhängiges zweites Element,

48 Jhering, Besitzwille 119f.; ebenso mit Bezug auf das französische Recht: Corlay 33f.

49 Dig. 41.1.55; dazu Jhering, a.a.O. 163; Saleilles, Rev. bourg. 1893, 150ff.

50 Vgl. zur Theorie der custodia Savigny 227, der sich dafür auf Dig. 41.2.18.2 stützte. Vgl. auch Jhering, Besitzesschutz 162.

51 Saleilles a.a.O. 734f.

um den Besitz bilden, sondern dient dazu, aus einem blossen räumlichen Verhältnis eine rechtliche Beziehung herzustellen; er ist deshalb untrennbar mit dem corpus verbunden und bezieht sich nicht auf das Recht, sondern auf die Tatsache⁵².

In der Frage, was der animus possidendi genau sei, unterscheiden sich jedoch die Meinungen von Jhering und Saleilles. Dies folgt aus der unterschiedlichen Auffassung des corpus. Ist für Jhering der animus der Wille, die Sache innezuhaben (animus detinendi), da allein aus dieser Innehabung das Eigentum vermutet wird, und ist somit jeder unabhängige Detentor Besitzer, so gilt der animus bei Saleilles als der Wille, wie der Beherrscher der Sache aufzutreten⁵³.

Schwierig zu beantworten ist bei seiner Konzeption die Frage, wer denn in der Öffentlichkeit als Besitzer und wer als reiner Detentor betrachtet wird, anders formuliert, was für äussere Handlungen den Beherrscher der Sache anzeigen. Es ist klar, dass ein Arbeiter oder Angestellter, der eine Sache im Auftrag des Arbeitgebers in seiner tatsächlichen Gewalt hat, niemals Besitzer sein kann, da er die Sachherrschaft nicht im eigenen Interesse ausübt und aus der Detention keinen Profit zieht⁵⁴. Am Beispiel des Pächters zeigt sich die Schwierigkeit aber offensichtlich, denn dieser nutzt sein Land ja im eigenen Interesse aus. Dritte können ihn vorerst nicht von einem Eigentümer unterscheiden.

Um diesem Problem zu begegnen, verfällt Saleilles auf die - nach dem Studium seines Werkes kommt man nicht umhin zu sagen - eigenartige Idee, die causa possessionis,

52 Saleilles, Rev. bourg. 1894, 320ff., 384.

53 ders. a.a.O. 375; ebenso auch Vertreter der subjektiven Theorie: Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 197.

54 Saleilles a.a.O. 376.

den Rechtsgrund, aufgrund dessen man das corpus hat, ins Spiel zu bringen. Man darf nach seiner Meinung nicht oberflächlich denjenigen, der die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat und sie wirtschaftlich nutzt (wie der Pächter in der römischen Zeit), als Besitzer betrachten⁵⁵. Saleilles stellt die einfache wirtschaftliche Ausbeutung des Pächters (*exploitation économique*) der wirtschaftlichen Aneignung (*appropriation économique*) gegenüber, die er als solche Verfügung über die Sache definiert, dass jedermann sagen muss: Wer sich so verhält, muss Beherrscher der Sache sein. Um zu dieser Erkenntnis zu gelangen, ist es notwendig, die causa zu beachten. Nur wer eine dauerhafte und interessierte Beziehung zur Sache hat, wie sie der Pächter in Rom wegen seiner untergeordneten Stellung nicht vorweisen konnte, ist Besitzer⁵⁶.

Der Aenderung der damaligen sozialen Verhältnisse Rechnung tragend, forderte Saleilles jedoch, dem Pächter die Eigenschaft eines Besitzers zuzuerkennen, da er wegen seiner wirtschaftlichen Unabhängigkeit als Beherrscher der Sache zu gelten habe⁵⁷.

6. Corlay verschont in seinem angriffigen, die Meinung der gesamten herrschenden Lehre in Frage stellenden Werk Saleilles nicht mit berechtigter Kritik, indem er auf den Widerspruch verweist, zur Bestimmung des Besitzverhältnisses die causa possessionis heranzuziehen. Obwohl Saleilles wie schon Jhering festgestellt hatte, dass corpus und animus nur zwei Seiten der gleichen tatsächlichen Beziehung seien und das corpus der äussere Ausdruck des Willens sei, sich als Herr der Sache zu fühlen, verletzte er diese Erkenntnis: durch die Forderung, die causa zu beachten, soll-

55 Saleilles a.a.O. 378.

56 ders. a.a.O. 379, 387.

57 ders. a.a.O. 394f.

te nun das corpus auf einmal nicht mehr genügen, auf den Willen und damit auf das Besitzverhältnis zu schliessen⁵⁸.

Auf das Beispiel des Pächters zurückkommend, verwirft Corlay die Meinung Saleilles, weshalb jener in Rom keinen Besitz hatte. Er verteidigt Jherings Ansicht, wonach die Römer den Detentoren aufgrund ihrer untergeordneten Stellung keinen Besitzschutz gewährten: der Pächter war darum nicht Besitzer, weil ihm die Freiheit fehlte, die Sache nach eigenem Gutdünken zu gebrauchen. Nicht die mangelnde Dauer und das mangelnde Interesse an der Beziehung zur Sache, die man aus der causa possessionis erkennen könnte, sondern die fehlende Handlungsfreiheit war der Grund der Nichtanerkennung der Besitzereigenschaft⁵⁹.

B. Heutige Lehre

1. Bei der Bestimmung des zweiten wesentlichen Elementes des Besitzes gehen die meisten Autoren mehr oder weniger ausführlich auf die Meinungen Savignys und Jherings ein. Mit wenigen Ausnahmen folgen sie der Theorie Savignys, die vor ihm schon das grosse Vorbild Pothier vertreten hatte, dass der Besitzwille nur der animus domini oder rem sibi habendi sein könne, der Wille, sich wie ein Eigentümer oder der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts zu verhalten⁶⁰.

58 Corlay 37f.

59 ders. 39f., 68.

60 Carbonnier 172 Nr. 41; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 376; Marty/Raynaud Nr. 17; Mazeaud/de Juglart Nr. 1426; Planiol/Ripert/Picard Nr. 146; Ripert/Boulanger Nr. 2286; Rodière Nr. 17; Trigeaud 168ff. Nr. 154ff.; Weill Nr. 369. Baudry-Lacantinerie/Tissier (Nr. 199) teilen zwar die Meinungen von Jhering und Saleilles, wonach im römischen Recht der animus domini für den Besitz ohne Belang war. Für das französische Recht fordern sie ihn aber trotzdem, da der CC auf dem alten französischen Recht basiere, wo der animus domini bekanntlich eine entscheidende Rolle gespielt hat.

Den *animus domini* bezeichnet man genauer als Wille, die Sache auf eigene Rechnung, im eigenen Namen und im eigenen Interesse innezuhaben und niemandem Rechenschaft schuldig zu sein. Auch der Rechtsbesitzer übt den Besitz im eigenen Namen und Interesse aus. So besitzt beispielsweise der Gläubiger das Faustpfand, das ihm zur Sicherung seiner Forderung übergeben wurde, auf eigene Rechnung⁶¹ mit dem "*animus pignoris*"⁶².

Ohne *animus domini* liegt kein Besitz, sondern nur einfache Detention vor; das *corpus* allein genügt nicht für dessen Bestand⁶³. Der Wille muss sich allerdings nicht auf jede Besitzhandlung erstrecken, ein allgemeiner Wille genügt. Der Adressat des Briefes, der in seinem Briefkasten liegt, gilt zum Beispiel als Besitzer, da angenommen wird, dass er alles, was in seinem Kasten liegt, in seinem Besitz haben wolle.

Der *animus* hat in der Tat keine grosse praktische Bedeutung, da er beim Vorliegen von tatsächlichen Besitzhandlungen vermutet wird⁶⁴. Übt jemand keine solchen aus, bestimmt er sich also nicht wie ein Eigentümer, so wird der Besitzwille auch nicht vermutet. Es nützt in diesem Fall nichts, wenn sich der Betreffende auf die Besitzereigenschaft beruft, denn es wird gefolgert, dass er mangels tatsächlicher Akte den *animus domini* nicht habe⁶⁵.

Der Wille, den Besitz für einen anderen unter Anerkennung seines Eigentumsrechts auszuüben, folgt, sieht man von der Besitzwandlung⁶⁶ ab, ein für allemal aus der *causa*, aufgrund derer jemand eine Sache tatsächlich beherrscht.

61 Civ. 19 juin 1928, D. 1928.1.45.

62 H. Capitant, note sous Civ. 23 avr. 1918, D. 1919.1.33.

63 Civ. 1re 19 févr. 1962, Bull.civ. I. no. 109; 21 oct. 1964, Sem. jur. 1965.II.14014; Trib. civ. Rouen 17 juill. 1928, S. 1928.2.169.

64 Civ. 3e 8 mai 1969, Bull.civ. III. no. 371.

65 Civ. 3e 6 mars 1974, D. 1974, somm. 63.

66 Siehe hinten § 10 II.

Irrelevant ist der konkrete Wille zum Zeitpunkt des Streit-
es vor Gericht. Saint-Alary prägte deshalb für die Mei-
nung der herrschenden Lehre den Ausdruck "Theorie der cau-
sa possessionis"⁶⁷. Dieser Ausdruck ist zweifellos rich-
tiger als jener der "subjektiven Theorie".

2. Nicht der gleichen Ansicht wie die herrschende Lehre
sind Ferradou und Radulesco, die die objektive Theorie
nach Jhering verteidigen. Einerseits wird darauf hingewie-
sen, dass in der Definition des Besitzes im Code civil (Art.
2228) kein bestimmter Wille gefordert sei, das Fehlen des
animus domini hingegen nur als Mangel des Besitzes nach Art.
2229 erscheine⁶⁸. Und Radulesco meint, dass das Ziel des
Besitzesschutzes darin liege, der öffentlichen Ordnung zu-
liebe die tatsächliche Sachherrschaft zu schützen, so wie
sie der Allgemeinheit erscheine. Besitzer ist folglich
derjenige, der die physische Gewalt über die Sache hat,
ob er als Besitzer qualifiziert werden will oder nicht⁶⁹.

Auch Corlay, als einziger in den letzten Jahrzehnten,
schlägt sich auf die Seite von Jhering. Er begreift den
Besitz als tatsächliche Gewalt mit dem Willen, diese per-
sönlich und frei zu verwirklichen. Der animus ist somit auf
die Tatsache der Sachherrschaft gerichtet und nicht auf
das dahinterstehende Recht⁷⁰.

Corlay meint, dass die Öffentlichkeit heute einen Mie-
ter oder einen Pächter nicht mehr von einem Eigentümer un-
terscheiden könne, da alle die Sache frei nutzten und ge-
brauchten und den gleichen Willen hätten, diese Sachherr-
schaft auszuüben. Den Mietern und Pächtern die Qualität

67 Saint-Alary 49.

68 Ferradou 13.

69 Radulesco 104ff., 109.

70 Corlay 69.

eines Besitzers zu verweigern, heisse die geschichtliche Entwicklung nicht beachten. Der animus domini könne deshalb nicht entscheidend für den Besitzbegriff sein⁷¹. Die Rückgabeverpflichtung verhindere zwar die Ersitzung der Sache, nicht aber, dass man Besitzer sei⁷².

Interessanterweise unterscheidet Corlay - wie auch schon Jhering⁷³ - innerhalb der an einer Sache obligatorisch Berechtigten zwischen solchen, denen er die Eigenschaft eines Besitzers zuerkennen will, und solchen, die für ihn reine Detentoren sind. Er betrachtet Verwahrer und Beauftragte nur als Detentoren, da sie nicht dieselbe Freiheit in der Herrschaft über die Sache haben wie Mieter und Pächter⁷⁴.

C. Rechtsentwicklung

Die grosse Mehrheit der Autoren blieb und bleibt auch heute der subjektiven Theorie treu: Besitzer ist nur jener, der eine Sache mit dem animus domini oder rem sibi habendi innehat. Die Aenderung der sozialen Stellung eines Mieters zum Beispiel gegenüber derjenigen in der römischen Zeit konnte allerdings auch ihnen nicht verborgen bleiben. Verschiedene Vertreter der subjektiven Theorie sind deshalb der Ansicht, dass man heute kaum mehr sagen könne, der Mieter übe den Besitz im Namen und auf Rechnung des Vermieters aus⁷⁵. Zu diesem Schluss verhalf ihnen in nicht geringem Masse der Blick über die Grenzen, in die Schweiz und vor allem nach Deutschland, wo obligatorisch

71 Corlay 70f.

72 ders. 77. Vgl. dazu die in diesem Punkte ähnliche Stellung des Nutzniesers, Corlay 76.

73 Jhering, Besitzwille 2ff.

74 Corlay 71.

75 Vgl. z.B. Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 377.

Berechtigte schon seit Anfang des Jahrhunderts als Besitzer gelten⁷⁶.

Auch heute noch, nachdem der französische Gesetzgeber von 1975 den Detentoren den Besitzesschutz gewährte, wird an der subjektiven Theorie festgehalten. Der *animus domini* gilt weiterhin als Unterscheidungskriterium zwischen Besitz und Detention. Trotzdem ist der Detentor mit dem unselbständigen Besitzer des schweizerischen Rechts praktisch identisch: Beide profitieren vom Besitzesschutz, beide können das Eigentum an der Sache durch Ersitzung nicht erwerben und bei beiden wird das Eigentum nicht vermutet. Der Unterschied der Besitztheorien des französischen und des schweizerischen Rechts liegt also vor allem auf der theoretischen Ebene, ohne entscheidende praktische Auswirkungen zu zeitigen⁷⁷.

D. Besitz animo alieno

Der Fall der Sachherrschaft, die nicht durch den Besitzer selber, sondern durch einen andern für ihn ausgeübt wird, ist etwas Alltägliches. Nicht gleich verhält es sich hinsichtlich des Willens: Besitz ohne eigenen Willen (*possessione alieno animo*) ist grundsätzlich nicht denkbar. Der Besitzwille muss beim Besitzer der Sache selbst vorhanden sein. Aber wie jeder Grundsatz hat auch dieser seine Ausnahmen.

Nicht anders als im römischen und im alten französischen Recht kann auch heute ein Urteilsunfähiger keinen Besitz erwerben. Da er rechtlich gesehen allgemein unfähig ist, einen Willen zu haben, mangelt es ihm an der für den Besitz notwendigen Absicht. Unter die Kategorie der Urteils-

76 Vgl. dazu Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 199quater ff., v.a. 199sexies; Josserand Nr. 1400; Marty/Raynaud Nr. 16; Planiol/Ripert/Picard Nr. 147; Ripert/Boulanger Nr. 2287; Weill Nr. 371.

77 Vgl. hinten § 8ff. und Mazeaud/de Juglart Nr. 1426.

unfähigen fallen Kinder und Geisteskranke. Sie sind Besitzer durch den Willen ihrer Vertreter, sei es der Inhaber der elterlichen Gewalt, sei es der Vormund⁷⁸.

Da der Erwerb und die Uebertragung des Besitzes tatsächliche und keine rechtlichen Handlungen sind, wird für ihre Ausübung keine Handlungsfähigkeit vorausgesetzt. Ein urteilsfähiger Minderjähriger ist folglich in der Lage, selber Besitz zu erwerben und zu übertragen⁷⁹. Man darf jedoch annehmen, dass nicht nur sein Wille, sondern auch der des Vertreters genügend ist, um für seinen Schützling ein Besitzverhältnis herzustellen⁸⁰.

Ein Jugendlicher wird in Frankreich mit achtzehn Jahren volljährig⁸¹ und kann von da an grundsätzlich nur noch mit seinem eigenen Willen besitzen.

78 Dig. 41.2.1.3; Kaser I 392f.; Pothier, Possession Nr. 44ff.; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 216; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 377; Mazeaud/de Juglart Nr. 1431; Ortscheidt 246; Planiol/Ripert/Picard Nr. 149; Weill Nr. 373; für das schweizerische Recht: Stark Art. 922 N. 79f.

79 Ebenso im schweizerischen Recht: Hinderling 427; Homberger Art. 919 N. 7, Art. 922 N. 7; Stark Art. 919 N. 28, Art. 922 N. 91f.

80 Baudry-Lacantinerie/Tissier a.gl.O.; Mazeaud/de Juglart Nr. 1431 Fn. 2; Corlay 70.

81 L. no. 74-631 du 5 juillet 1974, B.L.D. 1974, 244.

2. Kapitel B E D I N G U N G E N F U E R D I E W I R K - S A M K E I T D E S B E S I T Z E S

§ 6 EINLEITUNG

I. Allgemeines und historische Einführung

Im letzten Abschnitt war die Rede von den beiden wesentlichen Elementen, *corpus* und *animus*, die zusammen den Besitz bilden. Ihr Vorhandensein betrifft nur dessen Existenz, nicht aber dessen Wirkungen. Um seine volle Wirksamkeit zu entfalten, muss der Besitz darüber hinaus bestimmte Eigenschaften (*qualités*) aufweisen, und zwar muss er dauerhaft, friedlich, öffentlich und eindeutig ausgeübt werden.

Art. 2229: Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.

Im römischen Recht lag nur dann mangelhafter Besitz vor, wenn er durch Gewalt, Heimlichkeit oder eine Bittleihe (*vi, clam, precario*) erworben wurde. In diesen Fällen versagte der Prätor dem Besitzer den Schutz durch Interdikte¹.

Ist der Besitz heute in dem Sinne mangelhaft, dass eine oder mehrere der in Art. 2229 geforderten Eigenschaften fehlen, so wird er wenigstens teilweise seiner rechtlichen Wirkungen beraubt. Die Erklärung dafür ist einleuchtend: Der Besitz als Tatsache, die das Recht vermuten lässt, entfernt sich dadurch, dass er mit Mängeln (*vices*) behaftet ist, immer weiter vom Recht und verdient deshalb einen immer geringeren Schutz². Er ist jedoch keine rechtliche "*quantité négligeable*", da erstens die Mängel mit wenigen Ausnahmen be-

¹ Dig. 43.17.1 pr.; Kaser I 141.

² Vgl. Josserand Nr. 1414.

hoben werden können³ und zweitens der Besitzer auf jeden Fall im Prozess über das Recht nicht den Hauptbeweis führen muss. Bis zum Beweis des Gegenteils ist sein Besitz voll wirksam.

Die Mängel betreffen nicht nur die Ersitzung, wie es der Text von Art. 2229 vermuten lässt, sondern auch die andern Rechtsfolgen⁴, so die Eigentumsvermutung des Art. 2230⁵. Kann im Vindikationsprozess weder der Kläger noch der Beklagte einen Rechtstitel vorweisen, so ist der letztere nur dann als Besitzer der Sache im Vorteil, wenn sein Besitz mängelfrei ist⁶. Weiter ist ein Besitz ohne jegliche Mängel für den Besitzerschutz erforderlich, obwohl Art. 23 des alten CPRc schon immer nur einen friedlichen Besitz vorausgesetzt hatte, und dieses Erfordernis auch heute noch als einziges vom Gesetz vorgesehen wird⁷.

Ein mängelfreier Besitz ist ebenfalls Voraussetzung für

-
- 3 Anders noch Pothier, Possession Nr. 33: Die Mängel bleiben immer bestehen. Wie der Rechtsgrund des Besitzes (vgl. hinten § 10 II.A) können sie nicht behoben werden. Auch der noch so gutgläubige Erbe (Universalsukzessor) übernimmt und behält den Besitz des Verstorbenen mit all seinen Mängeln. Vgl. ebenso für das römische Recht z.B. Dig. 44.3.11; für das deutsche Recht Wolff/Raiser 55.
- 4 Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 390; Josserand a.gl.O.; Ortscheidt 207; Ripert/Boulanger Nr. 2296; Trigeaud 183f. Nr. 168f. Ebenso Art. 22 VE der Reformkommission: Pour produire des effets juridiques, la possession doit être paisible, publique et non équivoque, (Travaux 1001).
- 5 Josserand Nr. 1419; Planiol/Ripert/Picard Nr. 359; Trigeaud a.gl.O.; Weill Nrn. 540, 544.
- 6 Ortscheidt a.gl.O.
- 7 Art. 2283 und vor allem Art. 2 d. 79-259 du 18 mars 1979, B.L.D. 1979, 163, durch welches Art. 23ff. CPRc aufgehoben wurden. Vgl. dazu Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 237 Fn. 1; Catala/Terré 222; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 453; Hébraud Nr. 114; Josserand Nrn. 1419, 1557; Marty/Raynaud 268 Nr. 217; sowie Req. 12 mars 1924, D.H. 1924, 334; 7 juill. 1930, S. 1931.1.141; Civ. 18 févr. 1931, S. 1931.1.349. Nicht gleicher Ansicht sind nur Vincent/Guinchard (Nr. 58), die entsprechend dem Gesetzestext nur einen gewaltlosen Besitz fordern.

den Fruchterwerb nach Art. 549f.⁸ und den Eigentumserwerb nach Art. 2279⁹.

II. Kritik an der gesetzlichen Regelung

Der Text des Art. 2229 hat, wie die Literatur zeigt, einiges Kopferbrechen bereitet.

Der eine Punkt betrifft die Unterbrechung. Der Text verwendet zwei Ausdrücke dafür: Der Besitz hat "continu" und "non interrompu" zu sein. Die meisten Vertreter der Lehre sind sich darin einig, dass die interruption nichts im Art. 2229 zu suchen habe, da sie ein Begriff aus dem Ersitzungsrecht sei. Liegt sie aufgrund von Art. 2243 vor, so ist der Besitz nicht nur mangelhaft, sondern überhaupt nicht mehr vorhanden. Das corpus ist endgültig abhanden gekommen^{10, 11}.

Der zweite unklare Punkt des erwähnten Artikels ist der Ausdruck "à titre de propriétaire". Man versteht darunter den animus domini. Fehlt dieser, so liegt nur einfache Detention, nicht aber Besitz im Sinne der geltenden subjektiven Theorie vor. Es handelt sich somit beim Ausdruck "à

8 Mazeaud/de Juglart Nr. 1569.

9 Mit Ausnahme der Unterbrechung, die nur für Grundstücke eine Rolle spielt. Vgl. Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 850; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 498; Josserand Nr. 1629; Mazeaud/de Juglart Nr. 1531; Planiol/Ripert/Picard Nr. 376; Weill Nr. 480.

10 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 238, 241ff.; Carbonnier 174 Nr. 42; Gaudin de Lagrange/Radouant Nr. 25; Josserand Nr. 1414; Marty/Raynaud Nr. 20; Mazeaud/de Juglart Nr. 1434; Ortscheidt 283; Planiol/Ripert/Picard Nr. 153; Ripert/Boulanger Nr. 2297; Weill Nr. 386; ebenso schon Pothier, Prescription Nr. 39. Nur Aubry/Rau/Esmein (49Off. Nr. 310) behandeln die discontinuité zusammen mit der interruption bei der Ersitzung, wobei sie deren Begriffe vermischen.

Pothier (Prescription Nr. 38ff.) erwähnt, gestützt auf das römische Recht (vgl. vorne Fn. 1), die continuité überhaupt nicht. Sie ist eine Neuschöpfung des Gesetzgebers von 1804.

11 Für die continuité wird von nun an der Begriff der Dauerhaftigkeit, für die discontinuité jener der Unterbrechung verwendet. Die interruption ist weiter nicht Gegenstand dieser Arbeit.

titre de propriétaire" nicht um eine Eigenschaft, sondern um ein wesentliches Element des Besitzes. Sein richtiger Platz wäre folglich in der Definition des Art. 2228¹².

Entgegen dieser Meinung, jedoch im Einklang mit seiner Theorie, richtet sich Saleilles nach dem Wortlaut des Gesetzes, wonach die Prekarität nur ein Mangel des Besitzes ist. Da der Unterschied zwischen Detention und Besitz erst in den Art. 2236 CC und 23 CPrC eine Rolle spiele, weil dort der Detentor von der Ersitzung und dem Besitzesschutz ausgeschlossen werde, erscheint für ihn der animus domini nicht als Element, sondern nur als zusätzliche Eigenschaft des Besitzes, um die gewünschten Rechtsfolgen erzielen zu können¹³.

III. Tragweite der einzelnen Mängel

Die Gewalt und die Heimlichkeit gelten als relativ, weil sie eine schuldhaft, persönliche Komponente enthalten¹⁴; sie wirken sich deshalb nur gegenüber demjenigen aus, der davon betroffen ist. Nur das Opfer, das heisst derjenige, der der Besitz gewaltsam entzogen oder verheimlicht worden ist, kann sich auf diese Mängel berufen. Für Dritte ist der Besitz voll wirksam¹⁵.

Die absoluten Mängel, die Zweideutigkeit und die Unterbrechung, können hingegen von jedermann geltend gemacht werden.

12 Vgl. mit Ausnahme von Pothier die Zitate in Fn. 10, sowie Aubry/Rau/Esmein 130 Nr. 80; Cornu Nr. 1145 Fn. 1; Trigeaud 208ff. Nr. 203f. Aus dem gleichen Grund hat die Reformkommission diese Wörter gestrichen (Travaux 659, 1001), vgl. vorne Fn. 4.

13 Saleilles 1894, 317f., ähnlich Ferradou 13f.

14 Mazeaud/de Juglart Nr. 1434.

15 Civ. 26 août 1884, D. 85.1.58; Civ. 1re 7 juill. 1965, Bull. Civ. I. no. 459; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 395; Mazeaud/de Juglart Nr. 1437; Ortscheidt 203f.; Planiol/Ripert/Picard Nr. 155; Travaux 944.

§ 7 EINZELNE MAENGEL

I. Unterbrechung (discontinuité)¹

A. Wie oben schon gesagt wurde, kann der Besitz an dinglichen Rechten, die sich auf Grundstücke beziehen, mit der blossen Absicht zu besitzen, *solo animo*, ausgeübt werden². Ein solcher Besitz ist nicht wegen Unterbrechung der Sachherrschaft mangelhaft. Die Kontinuität ist nur dann nicht gewährt, wenn das *corpus* nur sporadisch, unregelmässig ausgeübt wird³.

Ist der Besitz einmal durch tatsächliche Akte erworben, so stellt sich in einem späteren Prozess manchmal die Frage, ob das *corpus* genügend bewahrt wurde. Ein ständiger Kontakt mit der Sache ist natürlich nicht nötig; der Besitzer muss sich nur so verhalten, wie es die Öffentlichkeit von einem Inhaber des Rechts, zum Beispiel von einem Eigentümer, erwartet⁴. Der Besitz gilt dann als gewährt, wenn er bei jeder Gelegenheit, die durch die Natur der Sache und ihre wirtschaftliche Bestimmung gegeben ist, ausgeübt wird⁵.

Im schweizerischen Recht wird durch Art. 921 ZGB bestimmt, dass die Unterbrechung der Sachherrschaft ihrer Natur nach vorübergehend sein müsse. Diesen Charakter weist sie dann auf, wenn aufgrund der Gesetzmässigkeit des Naturablaufs oder aufgrund der Lebenserfahrung angenommen werden

1 Da die Unterbrechung nur bei Immobilien eine Rolle spielt, wurde in den Reformarbeiten zu den allgemeinen Bestimmungen zum Besitz auf sie verzichtet, *Travaux* 640, 659.

2 Vorne § 5 I. C.

3 Z.B. Civ. I. 3 mai 1960, *Bull.civ. I.* no. 230; dazu H. Solus in *Rev.trim.dr.civ.* 1960, 688.

4 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 349; Cornu Nr. 1146; Josserand Nr. 1417; Mazeaud/de Juglart Nr. 1442; Rodière Nr. 48; Weill Nr. 387.

5 Req. 12 déc. 1860, D. 61.1.303; 19 mars 1884, D. 85.1.212; Civ. 12 févr. 1889, D. 89.1.229; 11 janv. 1950, D.H. 1950, 125.

kann, dass die Sachherrschaft wieder aufleben wird⁶.

Sowohl im schweizerischen wie auch im französischen Recht gibt das Gesetz keine genaue Auskunft darüber, wann dies der Fall ist. Es liegt somit an der Rechtsprechung und der Lehre, genügende Kriterien zu bestimmen⁷.

Wenn ein ständiger Genuss der Sache nicht möglich ist, der Besitz also nur periodisch ausgeübt werden kann, so ist er mängelfrei, wenn die Besitzhandlungen zu jenen Perioden immer ausgeführt werden⁸. Der Eigentümer einer Alp beispielsweise bleibt Besitzer, auch wenn er sie nur kurze Zeit im Sommer benützt⁹.

Die Intervalle dürfen nicht zu lang sein, damit keine Lücken entstehen, die eine Unterbrechung bewirken könnten¹⁰. Im Jahre 1950 erklärte das oberste Gericht einen Besitz für unterbrochen, weil seit mehr als zehn Jahren keine tatsächlichen Handlungen mehr ausgeführt wurden. Der alleinige Wille, den Besitz zu behalten, genügte nicht, da die Unterbrechung der Sachherrschaft zu gross gewesen war¹¹. Anders entschied es im Jahre 1889, obwohl auch hier der Besitzer schon seit Jahren untätig geblieben war. Er liess jedoch die ganze Zeit hindurch eine Türe frei, die ihm den Zugang zum umstrittenen Objekt ermöglichte. Das Gericht billigte ihm deshalb zu, nicht auf den Besitz verzichtet zu haben¹².

Einen ähnlichen Fall kennt das schweizerische Recht für den Servitutenbesitz: Die Ausübung des Rechts ist auch dann

6 Stark Art. 921 N. 4; vgl. dazu § 856 BGB; Wolff/Raiser 47ff.

7 Für das schweizerische Recht vgl. Homberger Art. 921 N. 2ff.; Stark Art. 921 N 5ff.

8 Civ. 5 juin 1839, S. 39.1.621.

9 Vgl. für das römische Recht vorne § 5 I. C.

10 Marty/Raynaud Nr. 23; Mazeaud/de Juglart Lectures II, S. 176, Planiol/Ripert/Picard Nr. 154; Ripert/Boulanger Nr. 2298; Trigeaud 193 Nr. 184.

11 Civ. 11 janv. 1950, D.H. 1950,125 note Lenoan.

12 Civ. 12 févr. 1889, D. 89.1.229.

zu bejahen, wenn sie den Bau einer Anlage erforderte, zum Beispiel einen Notausgang für den Fall einer Gefahr, sie aber seit Menschengedenken nicht mehr benützt wurde. Deren Weiterbestand genügt also, den Besitz nicht untergehen zu lassen¹³.

B. Ein weiteres Problem stellt sich, wenn der Besitzer zwar den Willen zu besitzen behält, sich jedoch ein Fremder des Grundstücks bemächtigt. Während bei Fahrnis der Besitz sofort verloren geht, wenn sie gestohlen wird, da der Dieb ja *animo domini* besitzt und der alte Besitzer wegen der Norm des Art. 2279 nicht mehr possessorisch klagen kann, wird bei unbeweglichen Sachen der Besitz erst unterbrochen, wenn der frühere Besitzer nicht innerhalb eines Jahres seit dem Eingriff gegen den Dritten mit einer Besitzesschutzklage vorgeht¹⁴.

Nicht gleich verhält es sich im schweizerischen Recht: Auch falls eine Besitzesschutzklage noch möglich ist, gilt der Besitz bei unfreiwilligem Verlust der Sache als verloren¹⁵. Um diesen Nachteil etwas auszugleichen, sieht Art. 728 II ZGB vor, dass die Ersitzung bei Fahrnis trotzdem weiterläuft.

C. Keine Rolle spielt die Dauerhaftigkeit des Besitzes dann, wenn im Prozess jene Person bestimmt wird, die den Hauptbeweis erbringen muss. Der aktuelle Besitzer der Sache ist auch dann davon entlastet, wenn sein Besitz aufgrund von Art. 2229 unterbrochen ist¹⁶.

Muss der Besitzer beweisen, dass sein Besitz dauerhaft

13 Homberger Art. 919 N. 28; Stark Art. 919 N. 85f.; ebenso Wolff/Raiser 75. Vgl. auch Liver Art. 733 N. 50ff.

14 Req. 19 mars 1884, D. 85.1.212; Civ. 27 mars 1929, D.H. 1929,250.

15 Hinderling 414 Fn. 10, 415, 447; Stark Art. 921 N. 5, 7; a.M. Homberger Art. 921 N. 3.

16 Marty/Raynaud Nr. 23.

ist, so kann er sich auf die Vermutung des Art. 2234 stützen¹⁷.

Art. 2234: Le possesseur actuel qui prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire.

D. Die Unterbrechung ist ein vorübergehender Mangel; der Besitz wird mängelfrei, wenn die Besitzhandlungen wieder normal ausgeführt werden¹⁸.

II. Heimlichkeit (clandestinité)

A. Als weitere Eigenschaft, neben der Kontinuität, den Besitz mit den gewünschten Rechtsfolgen auszustatten, verlangt Art. 2229 die Offenkundigkeit (publicité) des Besitzes. Ebenso wie jene ist sie eine Qualität, die die tatsächliche Sachherrschaft, das corpus, betrifft. Werden die materiellen Besitzhandlungen, wie das Innehaben oder der Genuss an der Sache, nicht so ausgeführt, dass die Öffentlichkeit erkennen kann, wer Besitzer ist, so gilt der Besitz als heimlich.

Der Grund, warum jemand seine Besitzhandlungen verbergen will, ist leicht zu erraten: Der Besitzer befürchtet die Schritte, die der wahre Eigentümer der betreffenden Sache unternehmen könnte, zum Beispiel eine Vindikation, um die Ersitzung der Sache durch ihn zu verhindern.

B. Die Frage, ob der Besitz nur dann mangelhaft ist, wenn er absichtlich verheimlicht wird, ist umstritten. Ausgehend

17 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 245; Req. 30 mars 1874, S. 74.1.358.

18 Josserand Nr. 1417; Ortscheidt 185.

vom römischen Recht¹⁹, wird sie von manchen bejaht²⁰. Der Besitzer hat somit nur dann einen heimlichen Besitz, wenn er ihn mit dem Zweck, einem möglichen Streit mit einem interessierten Dritten aus dem Weg zu gehen, verbirgt. Zum gleichen Resultat kam der Kassationshof in einem Fall, in dem es um den heimlichen Besitz eines Diebes ging²¹. Nicht gleicher Ansicht sind allerdings zwei Autoren von grosser Bedeutung für das französische Zivilrecht²². Sie vertreten die Meinung, dass nicht geprüft werden müsse, ob Absicht vorliege oder nicht.

Die Frage ist nicht einfach zu entscheiden. Der Zweck der Forderung des Art. 2229 nach Publizität scheint darin zu liegen, den wahren Eigentümer der Sache in die Lage zu versetzen, die Ersitzung durch einen anderen zu verhindern. Im Jahre 1955 musste das oberste Gericht²³ über einen Fallurteilen, in dem jemand seinen Keller unterirdisch in das Nachbargrundstück hinein erweiterte. Dieser Zustand war zwar verschiedenen Zeugen bekannt; der Beweis, dass auch der klagende Eigentümer davon Kenntnis hatte, wurde jedoch nicht erbracht. Das Gericht entschied in der Folge auf heimlichen Besitz, denn als öffentlich könnte dieser nur angesehen werden, wenn sichtbare Zeichen auf ihn hinweisen und ihn so demjenigen offenbaren würden, der die Ersitzung verhin-

19 Dig. 41.2.6 pr.: "Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam factorum suspicabatur et, ne faceret, timebat. ... itaque, inquit Pomponius, clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens ignorante eo, quem metuit, furtive in possessionem ingreditur".

20 Cornu Nr. 1148; Mazeaud/de Juglart Nr. 1436; Planiol/Ripert/Picard Nr. 156; Ripert/Boulanger Nr. 2303. Vgl. auch Trigeaud 205 Nr. 200.

21 Civ. 1re 2 févr. 1965, D. 1965, 371.

22 Aubry/Rau/Esmein Nr. 27 Fn. 28; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 261; gl.m., jedoch nicht endgültig entschieden sind Marty/Raynaud Nr. 21. Vgl. auch Homberger Art. 926 N. 11.

23 Civ. 1re 9 févr. 1955, Bull.civ. I. no. 65, D. 1956, Somm. 15. Vgl. ein ähnliches Beispiel, allerdings mit anderer Ausgangslage, in BGE 78 II 131ff. und dessen kritische Würdigung von Liver Art. 733 N. 62f.

dern möchte²⁴. Der Blickwinkel ist offensichtlich der gleiche. Das Urteil stimmt mit der teleologischen Auslegung des Art. 2229 überein.

Man kann jedoch bei der Lösung des Problems auch mehr auf das rechtliche Interesse des Besitzenden Rücksicht nehmen und die Heimlichkeit nicht als einfachen Mangel der Publizität betrachten; sie muss in diesem Fall im Gegenteil aus speziellen Fakten resultieren, aus aussergewöhnlichen Massnahmen, den Besitz zu verheimlichen. Das Verhalten des Besitzers muss darauf abzielen, den Interessierten abzulenken. Es soll ihm daher nicht zu Schaden gereichen, wenn dieser ohne seine Schuld in Unkenntnis des Besitzes geblieben ist.

Eine befriedigende Lösung kann kaum allein mit juristischen Argumenten gefunden werden. Eher müsste man sich grundsätzliche Gedanken über Eigentum und Besitz machen, wie zum Beispiel Proudhon, der propagierte, das Eigentum zugunsten des lebendigen, aus Arbeit entstandenen Besitzes abzuschaffen²⁵. Ist man dieser Ansicht, so lässt es sich nicht rechtfertigen, die Person zu bestrafen, deren Besitz ohne ihre Schuld dem Eigentümer der Sache nicht bekannt ist.

In eine ganz andere Richtung gehen die Ueberlegungen von Lambert. Er findet, dass der Gesetzgeber sehr zum Nachteil des Rechts krankhaft den Besitz als reine tatsächliche Herrschaft unter die Erwerbsmöglichkeiten des Eigentums reihe. Er zieht die Wiederherstellung des Rechts der Hinnahme der Tatsachen vor und nimmt so die Gefährdung des öffentlichen Friedens in Kauf²⁶.

24 So auch Mazeaud/de Juglart Nr. 1436; Planiol/Ripert/Picard Nr. 156; Ripert/Boulangier Nr. 2303.

25 P.-J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement*, premier mémoire, Paris 1849.

26 Lambert 131.

C. Ein Unterschied zwischen dem römischen und dem alten französischen Recht einerseits und dem heutigen Recht andererseits liegt in der heute vorherrschenden Ansicht, dass der Mangel der Heimlichkeit jederzeit auftreten könne, also auch während des Besitzes, sobald die Besitzhandlungen nicht mehr öffentlich begangen werden²⁷. Für die Römer und Pothier hingegen war der Besitz nur dann mangelhaft, wenn er heimlich angeeignet wurde²⁸. Erwarb man ihn öffentlich, so spielte es keine Rolle, wenn er aufgrund einer Anzeige, die Sache gehöre einem andern, verheimlicht wurde. Der Besitz war auch in diesem Fall mängelfrei²⁹.

D. In einem weiteren Punkt sind die französischen Juristen ihren Vorbildern, den Römern und Pothier, nicht gefolgt. Diese waren nämlich der Meinung, der Mangel der fehlenden Publizität sei unheilbar, selbst wenn der Besitz der Person, die die Sache vindizieren konnte, angezeigt wurde³⁰. Pothier erwähnt ebenfalls das Beispiel des Kellers, der unter das Nachbargrundstück hinein vergrößert wird, und meint, dass auch der gutgläubige Käufer des Grundstücks den Besitz an jenem Teil des Kellers nur mangelhaft erwerben und ihn niemals ersitzen könne³¹.

Heute herrscht jedoch die einhellige und wohl einzig vertretbare Meinung vor, dass die Heimlichkeit ein vorübergehender Mangel sei. Die Ersitzung beginnt zu laufen, so-

27 Aubry/Rau/Esmein 137 Nr. 87; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 262; Josserand Nr. 1416; Mazeaud/de Juglart Nr. 1436; Trigeaud 205 Nr. 200; Weill Nr. 389.

28 Dig. 41.2.6 pr.: "... is autem qui, cum possideret non clam, se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere: non enim ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est: ..."; ebenso Pothier, Possession Nr. 27.

29 Dig. a.gl.O.; Pothier a.a.O. Nr. 28.

30 Dig. 41.2.40.2; Pothier a.a.O. Nr. 29.

31 Pothier, Prescription Nr. 37 und dort zitiert: Art. 253 Coutume d'Orléans.

bald der Besitz wieder öffentlich ausgeübt wird³².

E. Die Heimlichkeit ist ein relativer Mangel. Sie kann nur von demjenigen geltend gemacht werden, der ihretwegen den Besitz nicht erkennen konnte³³.

F. Heimlicher Besitz ist im Prinzip nur bei beweglichen Sachen denkbar, so im Falle eines Diebstahls einer solchen, oder wenn jemand vom Erblasser vor dessen Tod Geschenke erhalten hat und sie versteckt, um sie nicht zur Ausgleichung bringen zu müssen³⁴.

Für Grundstücke gibt es nur wenige Beispiele, so der schon erwähnte Keller oder der in der Literatur genannte Fall, in dem ein Bauer seinen Acker durch Pflügen langsam vergrößert³⁵.

III. Gewalt (violence)

A. Nicht nur im Art. 2229, sondern ebenfalls im Art. 2233 wird ausdrücklich hervorgehoben, dass ein gewaltsamer Besitz nicht zur Ersitzung tauglich sei. Und im Art. 2283 wird ein gewaltloser Besitz gefordert, um possessorisch vorgehen zu können.

Art. 2233 I: Les actes de violence ne peuvent fonder
... une possession capable d'opérer la
prescription.

Art. 2283: Les actions possessoires sont ouvertes dans
les conditions prévues par le Code de pro-

32 Aubry/Rau/Esmein 137 Nr. 87; Marty/Raynaud Nr. 21; Mazeaud/de Juglart Nr. 1438; Planiol/Ripert/Picard Nr. 156; Ripert/Boulanger Nr. 2304; Rodière Nr. 55; Trigeaud 207 Nr. 202; Weill Nr. 389.

33 Vgl. die in Fn. 32 zit. Autoren sowie Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 258; Ferradou 40; Mazeaud/de Juglart Nr. 1437.

34 Aix 3 févr. 1902, D. 1904.2.289.

35 Carbonnier 174 Nr. 42; Marty/Raynaud Nr. 21.

cédure civile à ceux qui possèdent ou détiennent paisiblement.

Die Frage hat sich bis in dieses Jahrhundert darum gedreht, welche Gewalt den Besitz mangelhaft mache. Pothier verstand darunter den Raub einer beweglichen Sache oder die gewaltsame Verdrängung einer Person von einem Grundstück, die dieses vorher in ihrem Besitz gehabt hatte³⁶. Unwichtig war die Art der Gewalt, ob sie mit oder ohne Waffen, allein oder durch eine Zusammenrottung ausgeführt wurde³⁷. Ebenfalls nicht entscheidend war es, ob der Täter gegen den Eigentümer selbst oder seinen Detentor vorging³⁸, und ob er die Gewalt selbst verübt oder nur den Auftrag dazu gegeben hatte³⁹. Allein darauf sollte es ankommen, dass dem alten Besitzer seine Herrschaft über die Sache gegen seinen Willen weggenommen wurde⁴⁰, was die Konsequenz hatte, dass der Besitz dann nicht mangelhaft war, wenn der neue Besitzer durch Drohungen mit Gewalt die Zustimmung zum Erwerb erhielt⁴¹.

In diesem Punkt ist im Gegensatz zu den vorhergehenden die Betrachtungsweise im heutigen französischen und schweizerischen Recht nicht die gleiche. Auch eine Drohung, die zum Verlust des Besitzes führt, gilt als Mangel⁴². Allerdings räumt auch schon das römische Recht, auf das sich

36 Pothier, Possession Nr. 19.

37 ders. a.a.O. Nr. 24; vgl. dazu auch Stark Art. 926 N. 13.
Der im folgenden zitierte Art. 926 ZGB bezieht sich zwar vordergründig nur auf den Besitzesschutz, eignet sich aber trotzdem zum Vergleich mit Art. 2229 CC, da auch allgemeine Schlüsse zum Begriff der Gewalt aus ihm gezogen werden können.

38 Pothier a.a.O. Nr. 21; ebenso Dig. 43.16.1.22.

39 ders. a.a.O. Nr. 23; ebenso Dig. 50.17.152.1.

40 ders. a.a.O. Nr. 24; ebenso im schweizerischen Recht Homberger Art. 926 N. 11. Nicht gleicher Meinung ist Stark Art. 926 N. 13.

41 Pothier a.g.l.O.; ebenso Dig. 43.16.5.

42 Req. 4 déc. 1833, S. 34.1.335; so auch Stark Vorbem. Besitzesschutz N. 30; ebenso e contrario Homberger Art. 926 N. 11.

Pothier stützte, ein, dass eine Drohung mit Gewalt, die von einem Haufen Leute ausgestossen wird, der physischen Gewalt gleichzusetzen sei⁴³.

Die Gewalt spielte im römischen und alten französischen Recht nur beim Besitzerwerb eine Rolle; wurde der Besitz auf friedliche Art und Weise erworben, so konnten ihn spätere gewaltsame Akte nicht mehr beeinträchtigen. Der Besitzer durfte sich durch sogenannte passive Gewalt gegen Uebergriffe von Dritten wehren⁴⁴.

Das klassische römische Recht ging sogar noch weiter: Wenn jemand gewaltsam aus dem Besitz vertrieben wurde, so stand ihm das Recht zu, sich selbst wieder der Sache zu bemächtigen⁴⁵. Die Selbsthilfe diente hier nicht nur der Abwehr eines Angriffs, was einfache Notwehr wäre, sondern auch der aussergerichtlichen Wiedererlangung des verlorengegangenen Besitzes⁴⁶. Nimmt man an, die aufgeführte Stelle entspreche tatsächlich dem damaligen Rechtszustand in Rom, so erkennt man, dass dem römischen Besitzer ein sogar die Besitzkehrung des Art. 926 II ZGB übertreffendes Recht zur Selbsthilfe gewährt wurde⁴⁷.

In der nachklassischen Entwicklung wurde es unterdrückt.

43 Dig. 43.16.1.29.

44 Pothier, Possession Nr. 26; ebenso Dig. 43.16.1.28; Art. 926 I ZGB.

45 Dig. 43.16.17. Vgl. dazu Savigny 37f.

46 Die Digestenstelle "Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu reciperat, in pristina causa reverti potius quam vi possidere intellegendus est: ..." (43.16.17) zeigt eindeutig, dass Julian annimmt, der gewaltsam entrissene Besitz müsse zuerst verlorengegangen sein. Durch die gewaltsame Wiedererlangung des Besitzes kehrt der frühere Besitzer in seine alte Rechtsstellung zurück. Anderer Meinung ist allerdings Savigny (S. 38), der meint, der Besitz sei nicht verlorengegangen.

47 Schon die Formulierung von Julian (potius... intellegendus est) deutet darauf hin, dass seine Ansicht in Rom nicht unbestritten war. Auffallend ist auch, dass Kaser im ersten Band zum klassischen römischen Privatrecht das Selbsthilferecht des Besitzers überhaupt nicht erwähnt.

Um ihm vorzubeugen, zog der Fiskus die Hälfte des durch die nunmehr verbotene Eigenmacht wiedererlangten Gutes ein, selbst wenn der Angreifer einen rechtlichen Anspruch darauf hatte. Falls ein Nichtberechtigter Selbsthilfe verübte, wurde er sogar deportiert und sein Vermögen eingezogen. Mit der Zeit wurden diese Folgen ein wenig abgeschwächt⁴⁸. Im justinianischen Recht trat keine grosse Aenderung ein⁴⁹.

Nicht unerwähnt bleiben darf jedoch, dass dem Besitzer weiterhin das Notwehrrecht zustand, er also den drohenden gewaltsamen Besitzverlust durch eigene Gewalt abwenden durfte⁵⁰. Dieses Recht wurde ihm wie gesagt schon im klassischen Recht gewährt⁵¹.

Im französischen Recht verhält es sich gleich: Man kann weder in der Literatur noch in Gerichtsurteilen einen Hinweis darauf finden, wonach dem Besitzer mehr als das Notwehrrecht (meistens umschrieben als "violence passive") zustehen würde. Der beschriebene Begriff der Notwehr, die Abwehr eines Angriffs zum Schutze des noch bestehenden Besitzes, deckt sich im übrigen mit jenem des Art. 926 I ZGB⁵². Dadurch wird die Meinung von Hinderling und Homberger widerlegt, Art. 926 ZGB sei nur deutsch-, nicht aber römisch-rechtlich beeinflusst⁵³. Selbst ein Recht ähnlich der Besitzkehrung des Art. 926 II ZGB war wenigstens den spät-klassischen römischen Juristen bekannt⁵⁴.

48 Kaser II 257f.

49 ders. a.a.O. 260.

50 C. 8.4.1. Der Ausdruck "... inculpatae tutelae moderatione..." wird von Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl., 2., unveränderter Neudruck, Jena 1926, mit "Notwehr" übersetzt, (vgl. Stichwort "moderatio").

51 Vgl. Text zu Fn. 44.

52 Vgl. dazu Homberger Art. 926 N. 22; Stark Art. 926 N. 1.

53 Hinderling 408; Homberger Vorbem. vor Art. 919 N. 4; ebenso Wolff/Raiser 21.

54 Vorne Text zu Fn. 46.

B. In der heutigen französischen Rechtsprechung und Doktrin besteht keine Kontroverse mehr darüber, ob nur die anfängliche Gewalt einen Mangel im Sinne der Art. 2229 und 2233 darstellt oder auch jene, die während des Besitzes verübt wird. Die Theorie der Römer und Pothiers wird allgemein anerkannt. Gewalt, während des Besitzes begangen, wird nicht mehr in Betracht gezogen⁵⁵. Auf diese Lösung scheint auch der Wortlaut von Art. 2233 I (fonder une possession) hinzudeuten.

C. Wie die Heimlichkeit ist auch die Gewalt ein relativer Mangel. Sowohl nach französischem wie auch nach schweizerischem Recht ist nur derjenige, der davon betroffen ist, legitimiert, sich darauf zu berufen; für alle anderen gilt der Besitz als friedlich⁵⁶. Es ist nicht notwendigerweise nur der Eigentümer, gegen den Gewalt angewendet werden kann. Der Besitz ist mängelfrei, wenn der Besitzer nur gegen Dritte, nicht aber gegen den Eigentümer oder seinen Detentor Gewalt angewendet hat. Er kann die Sache daher ersitzen⁵⁷.

D. Die römischen Juristen und Pothier liessen die Behebung des Mangels der Gewalt nicht zu. Der Besitz blieb immer mangelhaft⁵⁸. Der Code civil statuiert jedoch in Bezug auf die Gewalt:

Art. 2233 II: La possession utile ne commence que lors-

55 Req. 24 mars 1868, D. 69.1.83; Civ. 3e 15 févr. 1968, D. 1968, 453, J.P. Bredin in Rev.trim.dr.civ. 1968, 740; ebenso Aubry/Rau/Esmein 138 Nr. 88; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 253; Ferradou 38; Marty/Raynaud Nr. 22; Mazeaud/de Juglart Nr. 1435; Ortscheidt 194; Planiol/Ripert/Picard Nr. 155; Ripert/Boulanger Nr. 2300; Rodière Nr. 51; Weill Nr. 388.
Vgl. zur Kontroverse im 19. Jahrhundert: Trigeaud 202f. Nr. 195.

56 Aubry/Rau/Esmein a.gl.O.; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 255; Stark Art. 926 N. 3.

57 Civ. 26 août 1884, D. 85.1.58; dazu Trigeaud 204 Nr. 196.

58 Vorne § 6 Fn. 3.

que la violence a cessé.⁵⁹

Die Gewalt ist somit ein vorübergehender Mangel. Sobald der neue Besitzer aufhört, Gewalt anzuwenden, wird der Besitz mängelfrei und zur Ersitzung tauglich⁶⁰. Da wie erwähnt auch Drohungen unter den Begriff der Gewalt fallen⁶¹, bleibt der Besitz mangelhaft, wenn zwar der neue Besitzer keine physische Gewalt mehr ausübt, das Opfer aber aus guten Gründen befürchtet, dass jener wieder Gewalt anwenden würde, sollte es versuchen, den alten Besitz wiederherzustellen⁶².

IV. Zweideutigkeit (équivoque)

A. Allgemeines

1. Von zwei- oder mehrdeutigem Besitz, der im römischen und alten französischen Recht noch unbekannt war, spricht man bei solchen Fällen, in denen zwar materielle Besitzhandlungen vorliegen, die an sich dazu führen könnten, die Existenz eines schutzwürdigen Besitzes anzuerkennen, wo aber die besonderen Umstände so beschaffen sind, dass aus der Interpretation dieser Handlungen andere Folgerungen zu ziehen sind⁶³.

Die Zweideutigkeit zielt im Gegensatz zu den drei vorher besprochenen Mängeln auf das psychologische Element des Besitzes, den animus. Das corpus ist vollständig vorhanden, der Inhaber der Sache gebraucht und nutzt sie wie ein wirklicher Besitzer, was bei normalen Verhältnissen

59 "Utile" ist mit ersitzungsfähig zu übersetzen. Im römischen Recht ist eine "possession utile" eine "possessio ad usucapionem".

60 Aubry/Rau/Esmein 138 Nr. 88; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 252.

61 Vorne Text zu Fn. 42.

62 Mazeaud/de Juglart Nr. 1438.

63 Civ. 1re 11 mai 1962, Bull.civ. I. no. 242; 28 mai 1962, Bull.civ. I. no. 268.

die Vermutung des animus nach sich zieht⁶⁴. Wegen besonderer Umstände können jedoch Dritte nicht erkennen, aus welchen Rechtsgrund der Inhaber der Sache seine Herrschaft darüber ausübt. Die Besitzhandlungen lassen sich auf zwei verschiedene Arten erklären⁶⁵; entweder besitzt der Sachinhaber animo domini oder rem sibi habendi oder aber als blosser, einfacher Detentor animo detinendi pro alieno⁶⁶.

Ein mehrdeutiger Besitz setzt Zweifel bei Dritten voraus und hat daher nichts mit bösem Glauben zu tun, der allein vom Besitzer ausgeht und für den Besitzwillen irrelevant ist⁶⁷.

Wie jeder Besitz hat auch der zweideutige zur Folge, dass der Besitzer sowohl im Possessorium als auch im Petitorium den Vorteil hat, nicht den Hauptbeweis führen zu müssen. Falls aber seinem Gegner der Beweis gelingt, ein solcher Besitz liege vor, wirkt die Eigentumsvermutung des Art. 2230 nicht mehr für den Besitzer⁶⁸.

Die gleiche Lösung kennt grundsätzlich auch das schweizerische Recht⁶⁹. Die beiden Rechtsordnungen unterscheiden sich jedoch dadurch, dass in der Schweiz der zweifelhafte Besitz possessorisch geschützt wird⁷⁰. Das folgt daraus, dass jeder, der eine Sache tatsächlich innehat, als ihr Besitzer gilt und deshalb geschützt wird.

Angesichts der Tatsache, dass das französische Recht

64 Civ. 1re 13 juin 1963, Bull.civ. I. no. 317.

65 Carbonnier 174 Nr. 42; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 394; Cornu Nr. 1150; Marty/Raynaud Nr. 24; Planiol/Ripert/Picard Nr. 157; Ripert/Boulanger Nr. 2305; Weill Nr. 390.

66 Req. 14 nov. 1871, D. 71.1.345; Josserand Nr. 1414; Mazeaud/de Juglart Nr. 1440; Trigeaud 211 Nr. 206.

67 Civ. 1re, zit. Fn. 64.

68 Trib.grd.inst. Millau 8 juin 1972, Gaz.Pal. 1973.1.92.

69 Hinderling 413f., 450, 465 Fn. 31.

70 Hinderling 414.

heute auch dem einfachen Detentor Besitzesschutz gewährt, erscheint es als logisch, auch den zweideutigen Besitz zu schützen, bedeutet er ja an sich nichts Unrechtliches. Zweideutig heisst nur, dass es nicht klar ist, ob der Besitzer als Eigentümer oder als Detentor auftritt.

Einer Aenderung der Rechtspraxis stünde auch vom gesetzlichen Standpunkt aus nichts im Wege: Art. 2 des massgebenden Dekretes⁷¹ setzt für das Possessorium keinen unzweideutigen Besitz voraus.

Ergänzend muss noch erwähnt werden, dass es dem Miteigentümer schon immer zustand, seinen Anteil an der Sache possessorisch schützen zu lassen, selbst gegen seine Partner, wenn er einen eindeutigen Besitz daran vorweisen konnte⁷².

Im schweizerischen Recht kann ein Mitbesitzer possessorisch gegen den anderen Mitbesitzer vorgehen, wenn ihm dieser den Besitz an der ganzen Sache entzogen hat. Dann ist sein Anteil auf jeden Fall betroffen⁷³. Wird jedoch der Mitbesitz von dem einen Miteigentümer nur gestört, so wird dem anderen der Besitzesschutz nur dann gewährt, wenn die einzelnen Besitzsphären deutlich voneinander abgegrenzt sind. Sind sie das nicht, so ist der Richter gezwungen, die Rechtsfrage im Besitzesschutzprozess zu erörtern, was ihm mit Ausnahme von Art. 927 II ZGB verboten ist⁷⁴.

2. Ueber den Charakter der Zweideutigkeit wurde die Meinung vertreten, wonach sie nicht ein Mangel wie die Gewalt, die Unterbrechung und die Heimlichkeit sei, die direkt ein Element des Besitzes betreffen, sondern einer, der sich nur

71 Zit. § 6 Fn. 7.

72 Hébraud Nrn. 206ff.; vgl. auch Fn. 91f.

73 Stark Vorbem. Besitzesschutz N. 68.

74 Homberger Art. 926 N. 21; Stark a.a.O. N. 67, 69.

auf die anderen Mängel beziehe⁷⁵. Der Besitz wäre demzufolge dann zweideutig, wenn eine seiner anderen Eigenschaften nicht erfüllt wäre⁷⁶.

Diese Lösung wird von der Lehre kritisiert und heute nicht mehr angewendet. Es wird vorgebracht, dass mit dieser Argumentation der Begriff der Zweideutigkeit auf eine bloße Beweisfrage reduziert werde: zu behaupten, die Eigenschaften müssten klar und eindeutig vorhanden sein, heiße ja nur, dass sie bewiesen werden müssten⁷⁷.

Heute wird nicht mehr bestritten, dass die Zweideutigkeit ihren eigenen Charakter hat. Sie bezieht sich nicht auf die sekundären Eigenschaften, sondern auf ein wesentliches Element des Besitzes, nämlich den animus.

3. Die Zweideutigkeit ist ein absoluter Mangel und kann deshalb von jedermann geltend gemacht werden⁷⁸.

Im Gegensatz zur Prekarität, bei deren Vorliegen kein Besitz existiert, entfaltet ein mit dem Mangel der Zweideutigkeit behafteter Besitz von neuem Wirkungen, sobald der Inhaber der Sachherrschaft klar und deutlich die Absicht zum Ausdruck bringt, als alleiniger Inhaber des Rechts zu besitzen. Der Mangel ist somit ein vorübergehender; für seine Aufhebung ist keine Besitzwandlung⁷⁹ nötig⁸⁰.

75 Aubry/Rau/Esmein 139 Nr. 89, 488f. Nr. 309; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 287.

76 Nancy 30 déc. 1891, D. 92.2.441. Ebenso für das schweizerische Recht BGE 68 II 26; Stark Art. 930 N. 9.

77 Planiol/Ripert/Picard Nr. 157; Ripert/Boulanger Nr. 2305; Rodière Nr. 57; Trigeaud 210f. Nr. 205.

78 Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 392; Mazeaud/de Juglart Nr. 1443f.; Trigeaud 214 Nr. 208; Weill Nr. 390.

79 Vgl. dazu hinten § 10 II.

80 Vgl. die in Fn. 78 zit. Autoren.

Solange die Zweideutigkeit anhält, bleibt der Besitz mangelhaft; der Besitzer genießt weder den Besitzerschutz⁸¹, noch kann er die Sache ersitzen.

Um den Mangel verschwinden zu lassen, muss der Besitzer den Besitz der anderen ausdrücklich ausschliessen und selbst mit dem *animus domini* besitzen⁸². Er braucht dafür keinen neuen Rechtstitel; es ist auch nicht nötig, dass er den Besitz der anderen mit Worten ausschliesst, denn das wäre ja ein Widerspruch, wie er für die Besitzwandlung gefordert wird. Es genügt, wenn beispielsweise die andern Miteigentümer von der Sache keinen Gebrauch machen und der Besitzer seinen Besitz *animo domini* ausübt⁸³.

Es werden vor allem zwei Fälle unterschieden, die zu einem zweideutigen Besitz führen können:

B. Zweideutigkeit bei ungeteiltem Gut

"Une possession promiscue est essentiellement équivoque"⁸⁴. Gemeinsamer Besitz tritt dann auf, wenn mehrere Personen eine unteilbare Sache zu Eigentum haben. Meistens entsteht eine solche Situation im Falle einer Erbschaft, bei der die Erben die Teilung noch nicht vorgenommen haben. Häufig ist auch ein Vertrag ihre Ursache, so zum Beispiel ein Vertrag über Stockwerkeigentum. In diesem Fall betrifft

81 Mit Ausnahme der *réintégrande*; vgl. Ferid N. 3 A 119.

82 Civ. 22 oct. 1924, D.H. 1924, 666; Req. 27 mai 1937, S. 1937.1.382; Civ. 8 janv. 1946, D. 1946, 131. Ebenso Baudry-Lacantinerie/Tissier Nrn. 291, 294, 325.

83 Req. 19 févr. 1872, S. 72.1.871; 13 déc. 1886, D. 87.1.386; 6 févr. 1946, D. 1947, 50.

84 Civ. 4 janv. 1888, D. 88.1.54.

aber der gemeinsame Besitz nur die gemeinsam benutzten Teile wie das Treppenhaus oder die Waschküche⁸⁵.

Beim gemeinschaftlichen Eigentum darf jeder Rechtsinhaber von der ganzen Sache Gebrauch machen, jeder kann die tatsächliche Herrschaft über die ganze Sache ausüben. Diese schliesst das corpus der anderen nicht aus⁸⁶. Entscheidend ist jedoch, dass die Interessen der anderen Beteiligten respektiert werden⁸⁷.

Wenn beispielsweise ein Miterbe die Sache innehat, sie gebraucht und nutzt, so weiss man nicht, aus welchem Grund er handelt, ob als Alleineigentümer oder nur als Beauftragter der andern. Es liegt kein eindeutiger Besitz vor⁸⁸. Vor allem bei beweglichen Sachen muss in dem Sinne verfahren werden, dass der Besitz als zweideutig angesehen wird, da sonst eine vernünftige Teilung der Erbschaft gar nicht möglich wäre; jeder, der eine Sache inne hätte, würde sich auf das Eigentum an ihr berufen⁸⁹.

Konkurriert ein Besitz mit einem anderen, führen zum Beispiel zwei Miteigentümer die gleichen Besitzhandlungen aus, so haben beide mangelhaften Besitz⁹⁰. Behaupten beide voneinander, der andere habe den Besitz nur durch Duldung ausübt, so untersucht der Besitzschutzrichter ihre Rechtstitel, um sich sein Urteil zu bilden. Darin liegt keine Verletzung des Verbotes der Kumulierung von Possessorium und Petitorium⁹¹.

85 Trigeaud 211 Nr. 207.

86 Ortscheidt 190.

87 So Art. 815-9, 1. no. 76-1286 du 31 déc. 1976, B.L.D. 1977, 62. Vgl. dazu D. Martin in D. 1977, chron. 229.

88 Req. 13 mai 1889, D. 90.1.173; Cornu Nr. 1150; Planiol/Ripert/Picard Nr. 157.

89 Req., zit. Fn. 88.

90 Civ. 1re 5 juin 1950, Bull.civ. I. no. 128; Civ. 3e 31 jan. 1969, Bull.civ. III. no. 105; 30 oct. 1972, Bull.civ. III. no. 575.

91 Req. 6 jan. 1852, D. 52.1.18.

Hat ein Miteigentümer seit mindestens einem Jahr den Alleinbesitz, also den Besitz *animo domini*, an einem Grundstück, so steht ihm das Recht zu, gegen Störungen seiner Sachherrschaft durch die anderen Miteigentümer eine Besitzschutzklage zu erheben⁹².

C. Zweideutiger Besitz bei Lebens- und Hausgemeinschaft

1. Das Zusammenleben von zwei oder mehreren Personen, speziell die Ehe mit Gütertrennung⁹³, kann eine Ursache für zweideutigen Besitz sein. Unbeteiligte Dritte können bei beweglichen Sachen oft nicht erkennen, wem sie gehören. Gerade von Sachen für den Hausgebrauch, die gewöhnlich von beiden Ehegatten benutzt werden, kann wegen ihrer Natur nicht gesagt werden, wer ihr Eigentümer ist. Der Besitz daran ist unklar und deshalb mangelhaft⁹⁴.

Grundsätzlich bezeichnen die Natur der Sache und ihre wirtschaftliche Bestimmung den Gebrauch und lassen damit das Eigentum vermuten. Bei gewissen Dingen, so beispielsweise bei Kleidern, kann so vom üblichen Gebrauch auf das Eigentum geschlossen werden, was jedoch gegenteilige Lösungen nicht ausschliesst:

Der Kassationshof hatte einen Fall zu entscheiden, in dem die Eltern des Ehemannes diesem Schmuck mit der Bestimmung übergaben, ihn seiner Frau auszuleihen. Obwohl der Schmuck nur für Frauen tragbar war und deshalb grundsätzlich das Eigentum der Ehefrau vermutet wurde, erkannte das Gericht auf zweifelhaften Besitz, nachdem es die streitigen Verträge konsultiert hatte. Diese ergaben einwandfrei, dass

92 Civ. 31 janv. 1950, Gaz.Pal. 1950.1.223.

93 Vgl. Cornu Nr. 1151.

94 R. Savatier in Rev.trim.dr.civ. 1935, 874; H. Solus in Rev.trim.dr.civ. 1957, 709f; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 294.

der Mann die Schmuckstücke nicht geschenkt, sondern nur ausgeliehen hatte⁹⁵.

Nicht nur bei Gütergemeinschaft, sondern auch im Falle der Gütertrennung benutzt ein Ehegatte normalerweise die Sache des anderen. Von aussen ist deshalb nicht erkennbar, aus welcher Berechtigung heraus die Besitzhandlungen ausgeübt werden⁹⁶. Es kann sich daher jemand nicht der Pfändung seiner eigenen Sachen widersetzen, wenn ein Gläubiger seines Ehegatten Sachen aus dem ehelichen Haushalt pfändet, da der Besitz wegen der gemeinsamen Innehabung der Sache nicht eindeutig ist⁹⁷.

In einem Fall aus dem Jahre 1973 wies das höchste Gericht die Klage eines Mannes ab, der die durch einen Gläubiger seiner Ehefrau gepfändeten, ihm gehörenden Sachen vindizieren wollte. Er berief sich darauf, dass er aufgrund eines richterlichen Urteils ermächtigt war, allein in seinem Haus zu wohnen und dass er somit Eigentümer aller sich darin befindlichen Sachen sei. Das Gericht erkannte dennoch auf zweideutigen Besitz, da die Frau trotz des Urteils immer im gleichen Haus gewohnt habe. So war zum Beispiel bewiesen worden, dass sie die Post auch für ihren Mann in Empfang nahm. Dritte, die von der genannten richterlichen Ermächtigung nichts wussten, konnten deshalb nicht erkennen, wer der Eigentümer der gepfändeten Sachen war⁹⁸.

Allgemein kann man sagen, dass die Ehe nicht unbedingt die Ursache für zweideutigen Besitz ist, sondern nur ein

95 Civ. 1re 20 juin 1961, Bull.civ. I. no. 326.

96 Civ. 28 janv. 1953, Gaz.Pal. 1953.1.218; Paris 11 mai 1957, D. 1957, 658.

97 Civ. 1re 16 juin 1971, Bull.civ. I. no. 199; ebenso Cornu Nr. 1151.

98 Civ. 1re 10 avr. 1973, D. 1973, somm. 116.

tatsächliches Element, darauf zu schliessen⁹⁹. Die Zweideutigkeit ist eine Frage der Beweismwürdigung. Die Richter haben ein uneingeschränktes Ermessen, festzustellen, ob sie vorliegt oder nicht¹⁰⁰.

2. Beim vorher erwähnten Entscheid¹⁰¹ hat sich das Gericht, wie man erkennen kann, nicht auf den Tatbestand der Ehe, sondern auf den der Hausgemeinschaft (cohabitation) gestützt. Dieser Entscheid kann verallgemeinert werden:

Wenn mehrere Personen zusammenleben, sei es als Ehepaar, als Konkubinen, als Verwandte oder als andere Gemeinschaft, liegt im Prinzip¹⁰² zweideutiger Besitz vor¹⁰³.

Ein solcher hat bei beweglichen Sachen zur Folge, dass die Vermutung des Eigentums nach Art. 2279 I ("En fait de meubles, la possession vaut titre.") durchbrochen wird. Der Kläger muss allerdings beweisen, dass sein Kontrahent einen zweideutigen Besitz hat. Das wird ihm meistens gelingen, wenn er darauf hinweist, dass eine Hausgemeinschaft vorliegt oder vorgelegen hat¹⁰⁴.

Auf die gleiche Weise wird im schweizerischen Recht entschieden, wobei betont wird, dass an den Beweis des Nichteigentums des Besitzers keine hohen Anforderungen zu stellen seien, wenn der Besitz zweifelhaft sei, zum Beispiel

99 Req. 18 déc. 1894, S. 95.1.136; Civ. 1re 21 févr. 1956, D. 1956, 287; 30 janv. 1957, D. 1957, somm. 49; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 498; Planiol/Ripert/Picard Nr. 377.

100 Civ. 3e 23 avr. 1969, Bull.civ. III. no. 320; Civ. 1re 13 nov. 1970, Sem.jur. 1972.I.17077, note J. Ghestin; 10 avr. 1973, D. 1973, somm. 116; 8 mai 1973, Sem.jur. 1973.I.17566, note G. Goubeaux.

101 Zit. Fn. 98.

102 Zu beachten ist die im Zusammenhang mit der Ehe gemachte Einschränkung; vgl. vorne Text zu Fn. 99.

103 Vgl. z.B. Req. 16 janv. 1901, S. 1902.1.85; Civ. 21 févr. 1956, D. 1956, 287; Carbonnier 174f. Nr. 42.

104 Vgl. die in den Fn. 103 und 107 zitierte Literatur und Judikatur, sowie Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 498; Planiol/Ripert/Picard Nrn. 375, 377.

wenn der Besitzer mit dem Erblasser zusammengelebt habe¹⁰⁵.

Es gibt Fälle, in denen die allgemeine Regel, dass bei Hausgemeinschaft zweideutiger Besitz vorliegt, nicht anwendbar ist: Wohnt beispielsweise ein Zimmerherr bei jemandem, so gilt er natürlich als Eigentümer seiner eigenen Sachen. Dritte können normalerweise leicht erkennen, welche Sachen die seinen sind und welche zur ständigen Ausrüstung des Zimmers gehören. Der Besitz des Zimmerherrn an seinen Sachen ist also mängelfrei.

So verhindert auch die Tatsache des Zusammenlebens eines Vaters mit seinen Kindern nicht, dass jener als Eigentümer der beweglichen Sachen gilt, die sich im Haus oder in der Wohnung befinden¹⁰⁶.

Das Problem des zweideutigen Besitzes stellt sich aber dann, wenn zum Beispiel ein Diener nach dem Tode seines Herrn in dessen Haus weiterlebt. Es fragt sich, ob er das Mobiliar als Beschenkter, infolge Veruntreuung oder als Beauftragter besitzt. Sein Besitz ist nicht eindeutig und deshalb mangelhaft¹⁰⁷.

105 BGE 41 II 31f. (mit einem speziellen Hinweis auf die gleiche Situation im französischen Recht); so auch Homberger Art. 930 N. 10; Stark Art. 930 N. 4.

Nicht zutreffend scheint die Meinung von Stark (Art. 930 N. 6) zu sein, wonach sich das schweizerische und das französische Recht in diesem Punkt unterscheiden, da sich ein Besitzer mit zweifelhaftem Besitz im schweizerischen Recht nicht auf die Vermutung des Rechts berufen könne; dies im Gegensatz zum französischen Recht. Tatsache ist jedoch, dass der Besitzer die Vermutung grundsätzlich immer geltend machen kann, der Gegenbeweis bei zweideutigem Besitz aber leicht zu erbringen ist; vgl. dazu vor allem BGE 76 II 344. Ein Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen ist deshalb nicht festzustellen.

106 Civ. 31 janv. 1900, D. 1900.1.281.

107 Aubry/Rau/Esmein 139 Nr. 89; Cornu Nr. 1151; Josserand Nr. 1418; Marty/Raynaud Nr. 24; Mazeaud/de Juglart Nr. 1440; Planiol/Ripert/Picard Nr. 157; Weill Nr. 390 Fn. 2. Weitere Fälle des früheren Zusammenlebens mit einem Erblasser: Civ. 24 avr. 1866, D. 66.1. 347; Nancy 8 juill. 1893, S. 94.2.95; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 859.

3. Kapitel D E T E N T I O N

§ 8 BEGRIFF DER DETENTION

I. Definition und Abgrenzungen

A. Der Code civil definiert in Art. 2228 den Besitz in einem technischen Sinn als "détention d'une chose". Detention bedeutet in diesem Zusammenhang die rein faktische Innehabung der Sache; sie ist identisch mit dem Begriff des corpus. Gewöhnlich ist jedoch in der französischen Rechtssprache unter Detention etwas anderes zu verstehen.

B. Verwendet man den Ausdruck "détention" als rechtlichen Terminus, so kann man den Detentor als eine Person bezeichnen, die den Besitz für eine andere ausübt¹. Er anerkennt deren Eigentum und kann, da ihm der animus domini fehlt, nicht Besitzer sein. Als solcher gilt weiterhin der Eigentümer; dieser überlässt dem Detentor nur die materielle Gewalt. Er besitzt also corpore alieno. Einige Autoren werden dadurch veranlasst zu sagen, der Detentor handle im Namen und auf Rechnung des Eigentümers².

Für den Begriff der Detention sind im wesentlichen drei Gesichtspunkte massgebend: Sie umfasst die tatsächliche Gewalt über die Sache, die Berechtigung, aufgrund derer die Gewalt ausgeübt wird, und die Anerkennung des Eigentums eines andern.

1 Vgl. Art. 2230 (posséder pour un autre) und 2236 (posséder pour autrui). Im römischen Recht wurden dafür die Ausdrücke "naturaliter possidere, corporaliter tenere, detinere, in possessione esse" gebraucht; vgl. Aubry/Rau/Esmein Nr. 82; Kaser I 386, 389f., II 253; Planiol/Ripert/Picard Nr. 159; Savigny 123. Im deutschen Recht wird dafür der Begriff des "Fremdbesitzes" verwendet; vgl. Wolff/Raiser 30.

2 Aubry/Rau/Esmein a.gl.O.; Planiol/Ripert/Picard Nr. 158; Ripert/Boulanger Nr. 2320.

C. Im französischen Recht werden für den Ausdruck "détention" weitere Begriffe verwendet, die miteinander identisch sind. So kann man das eine Mal "détention précaire" antreffen, das andere Mal wiederum "possession précaire". Diese beiden Begriffe bedeuten immer, dass eine einfache Detention vorliegt; der Ausdruck "détention" allein will normalerweise das gleiche sagen, bezeichnet aber manchmal auch den Rechtsbesitz³.

D. Trotz der Wortwahl der französischen Rechtswissenschaft darf man die französische Detention und das römische precarium nicht miteinander verwechseln. Detention heisst wie gesagt Besitz für einen andern, wobei dafür verschiedene Möglichkeiten wie Miete, Verwahrung usw. offenstehen. Das precarium dagegen ist ein ganz bestimmtes Rechtsinstitut und bedeutet die faktische Ueberlassung eines Grundstücks durch den Eigentümer an den Prekaristen zu dessen Gebrauch und Nutzung unter der Bedingung, dass es der Prekarist auf freien Widerruf zurückgeben muss.

Das Besondere ist, dass er trotz seiner gegenüber dem Eigentümer stark untergeordneten Stellung Besitzerschutz gegen Uebergriffe von Dritten geniesst. Er gilt als Besitzer; sein Besitz (possessio ad interdicta) ist zwar mangelhaft, der französische Detentor hingegen hat überhaupt keinen Besitz, mindestens wenn man von der heute noch gültigen Unterscheidung zwischen Besitz und Detention ausgeht, die auf der Berücksichtigung des animus domini beruht⁴.

³ Vgl. z.B. hinten II., III.

⁴ Aubry/Rau/Esmein a.gl.O.; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 267; Cornu Nr. 1196; Planiol/Ripert/Picard Nr. 159; Ripert/Boulanger Nr. 2321; Rodière Nr. 68; Saint-Alary 211ff; vgl. auch Kaser I 388f.

II. Elemente der Detention

A. Corpus

Die Detention unterscheidet sich äusserlich nicht vom Besitz. Ebenso wie ein Besitzer hat der Detentor das corpus, die tatsächliche Gewalt über die Sache⁵. Der Mieter nimmt die Wohnung in Beschlag, der Pächter bebaut das Land und erntet die Früchte, der Pfandgläubiger nimmt das Pfand zu sich und verwahrt es. Das sind Handlungen, die auch ein Eigentümer als Besitzer ausübt. Wenn auch das corpus des Detentors dem des Eigentümers gleicht, ist es aber doch nicht so umfassend, da jener aufgrund der Berechtigung, durch welche er die Sache erhalten hat, diese nicht missbrauchen darf⁶. Für einen Dritten ist es aber unmöglich, einen Detentor von einem Besitzer zu unterscheiden, wenn man sich beispielsweise den Fall vor Augen hält, dass jemand auf dem Bahnhof einen Koffer davonträgt. Der Dritte weiss nicht, ob es ein Gepäckträger oder ein Dieb ist⁷.

B. Animus

Um die Detention vom blossen räumlichen Verhältnis, das ohne rechtliche Relevanz ist, abzugrenzen, muss der Detentor einen speziell gearteten Willen aufweisen, den *animus pro alieno detinendi*⁸. Es handelt sich um den Willen, die Herrschaft über eine Sache unter Anerkennung von fremdem Eigentum auszuüben. Er hat heute keine praktische Bedeutung mehr; entscheidend ist vielmehr die im folgenden dargestell-

5 Vgl. Carbonnier 180 Nr. 43; Cornu Nr. 1191; Planiol/Ripert/Picard Nr. 158; Rodière Nr. 64; Weill Nr. 376.

6 Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 383.

7 Carbonnier a.gl.O.

8 Vgl. dazu Jhering, Besitzwille 41ff.; Savigny 109; Trigeaud 166 Nr. 151.

te causa detentionis, aus der auf den (abstrakten) Willen des Detentors geschlossen wird.

C. Rechtsgrund

Während der Besitz unabhängig vom Recht existiert, entsteht die Detention immer aus einer rechtlichen Situation. Der Detentor schliesst beispielsweise mit dem Eigentümer einen Vertrag über den Gebrauch der Sache; dieser Vertrag stellt die causa detentionis dar, das heisst den Grund der Berechtigung, die Sache innezuhaben, sie zu gebrauchen oder zu nutzen. Sie kann dem Detentor nicht nur durch ein Rechtsgeschäft, sondern auch durch das Gesetz oder den Richter erteilt werden⁹. Sie legitimiert die Sachherrschaft des Detentors und hindert diesen zugleich, Besitzer zu sein. Die Detention befindet sich wegen ihrer causa immer im Einklang mit dem Recht¹⁰.

Die häufigste Möglichkeit, jemandem die Detention an einer Sache zu verschaffen, ist die Erlaubnis durch den Eigentümer. Er schliesst mit dem zukünftigen Detentor einen Vertrag ab, worin er ihm ein obligatorisches oder dingliches Recht an der Sache einräumt. Denkbar ist zum Beispiel ein Mietvertrag oder ein Vertrag über eine Nutzniessung.

Eine weitere Möglichkeit ist ein einseitiges Rechtsgeschäft zur Uebertragung des corpus, so das Testament, aufgrund dessen sein Vollstrecker die Erbschaftssachen innehat¹¹.

Auch das Gesetz kann als Begründer der Detention in Erscheinung treten: Der Ehemann detiniert die Güter seiner Frau, für die er die Verwaltung und Nutzung hat, der Vor-

9 Mazeaud/de Juglart Nr. 1410; Planiol/Ripert/Picard Nr. 160; Ripert/Boulanger Nr. 2320; Rodière Nr. 67.

10 Vgl. dazu ausser den in Fn. 7 und 9 aufgeführten Autoren: Lambert 128f.; Ortscheidt 136; Ripert/Boulanger Nr. 2322; Weill Nr. 376.

11 Cornu Nr. 1193.

mund diejenigen, die er zur Verwaltung erhält¹². Nicht zu vergessen ist das gesetzliche Nutzniessungsrecht der Ehefrau an den Erbschaftssachen des verstorbenen Ehemannes nach Art. 767.

Durch richterliche Entscheidung wiederum geht die Detention an den Sequester über, wenn ihm die Sache bis zur Erledigung des Streites zur Verwahrung übergeben wird¹³.

D. Anerkennung des Eigentums

Aus der Anerkennung des Eigentum folgt die Rückgabeverpflichtung. Der Detentor ist durch den Rechtstitel, aufgrund dessen er die Sache vom Eigentümer erhalten hat, verpflichtet, diese zu einem gewissen Zeitpunkt wieder zurückzugeben¹⁴. Im Gegensatz zum römischen precarium kann der Eigentümer die Sache nicht jederzeit zurückfordern. Er ist eben an den Vertrag gebunden, den er mit dem Detentor geschlossen hat¹⁵.

Verletzt dieser seine Rückgabeverpflichtung, verlässt zum Beispiel der Mieter seine Wohnung trotz richtig erfolgter Kündigung nicht, so hat der Eigentümer Anspruch auf Rückgabe der Sache und Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages¹⁶. Obwohl Besitzer, kann er die Sache nicht mittels einer possessorischen Klage zurückerlangen. Der Detentor haftet dem Eigentümer nur auf vertraglicher, nicht auf sachenrechtlicher Basis¹⁷.

12 Aubry/Rau/Esmein Nr. 82; Saint-Alary 60.

13 Cornu Nr. 1193; Lambert 128; Mazeaud/de Juglart Nr. 1410.

14 Aubry/Rau/Esmein a.gl.O.; Carbonnier 181 Nr. 43; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 381; Cornu Nr. 1195; Marty/Raynaud Nr. 28; Ortscheidt 137; Planiol/Ripert/Picard Nr. 160; Ripert/Boulangier Nr. 2322; Trigeaud 290 Nr. 304.

15 Eine Ausnahme ist z.B. in Art. 1944 vorgesehen, wonach der Hinterleger die Sache vom Verwahrer jederzeit herausverlangen kann.

16 Josserand Nr. 1421.

17 Saint-Alary 187.

III. Bestimmung der Detentoren

A. Allgemeines

Der Code civil schliesst in Art. 2236 diejenigen Personen von der Ersitzung der Sache aus, die für einen anderen besitzen, also die Detentoren.

Art. 2236: Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit.

Ainsi, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire.

Die Erwähnung des Nutzniessers mag auf den ersten Blick erstaunen, ist er doch Besitzer seines Rechts und kann es deshalb ersitzen. Art. 2236 bezieht sich jedoch nur auf die Sache an sich, auf das Eigentum daran, und handelt nicht von andern Rechten. Der Rechtsbesitzer hat eine doppelte Funktion:

Einerseits gilt er als Besitzer seines Rechts und geniesst so alle Vorrechte, die aus dem ius possessionis fliessen, andererseits anerkennt er aber das Eigentum eines andern und ist sein Recht mit der Pflicht zur Rückgabe der Sache belastet. Er ist in dieser Beziehung dem gewöhnlichen Detentor gleichgestellt¹⁸.

B. Einfache Detentoren (obligatorisch Berechtigte)

Zur Kategorie der einfachen Detentoren gehören die obligatorisch Berechtigten. Zu ihnen zählen die schon erwähn-

18 Civ. 1re 13 févr. 1963, Bull.civ. I. no. 103; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 383; Cornu Nr. 1194 Fn. 1; Mazeaud/de Juglart Nr. 1416; Planiol/Ripert/Picard Nr. 161; Ripert/Boulanger Nr. 2323; Weill Nr. 377.

ten Pächter (fermier) und Verwahrer (dépositaire), ferner der Mieter (locataire), der Inhaber einer Teilpacht (métayer), der Entlehner (commodataire¹⁹), der Sequester (séquestre)²⁰, der Mechaniker, dem die Sache zur Reparatur übergeben wird²¹ und der Konzessionär²². Die gleiche Stellung haben darüberhinaus alle, die Verwalter von fremdem Vermögen sind, wie der Beauftragte (mandataire), der Geschäftsführer (gérant d'affaires), der in den provisorischen Besitz des Vermögens eines verschollenen Eingewiesene (envoyé en possession provisoire des biens d'un absent, Art. 113), der Ehemann (époux), der Vormund (tuteur) und der Testamentsvollstrecker (exécuteur testamentaire)²³.

Keine Detentoren sind der Angestellte und der Diener, die wegen ihrer sozialen Unterordnung keine genügend unabhängige Herrschaft über die Sachen ihres Arbeitgebers haben. Zu dieser Lösung bekennen sich auch andere Rechtsordnungen: So gilt ein Angestellter im deutschen Recht als Besitzdiener, dem ausser dem Selbsthilferecht nach § 860 BGB keine Besitzeswirkungen zukommen. Das gleiche gilt für das schweizerische Recht, das den Angestellten nur als "Werkzeug" oder als Vertreter des Besitzers ansieht²⁴.

19 Colin/Capitant/Julliot de la Morandière (Nr. 382), Cornu (Nr. 1189) und Goubeaux (S. 378) verwenden den Ausdruck "emprunteur", der normalerweise nur für den Borger von Geld gebraucht wird.

20 Der Sequester wurde im römischen Recht als Rechtsbesitzer betrachtet; vgl. Kaser I 389.

21 Vgl. dazu die genauen Ausführungen bei Trigeaud 299ff. Nr. 318ff.

22 Z.B. Civ. 20 nov. 1899, S. 1901.1.287: Das Eisenbahnunternehmen als Konzessionär des Staates hat keinen Besitz, sondern nur Detention am Schienentrassée.

23 Vgl. dazu vor allem Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 303ff.; Saint-Alary 60ff. Zur Detention des Verkäufers siehe vorne § 5 I. D.

24 Für das deutsche Recht: Wolff/Raiser 26f.; für das schweizerische: Hinderling 421ff.; Homberger Art. 919 N. 10f.; Stark Art. 919 N. 34ff.

C. Rechtsbesitzer (beschränkt dinglich Berechtigte)

Die zweite Kategorie der Detentoren im weiteren Sinne umfasst die Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts, die sowohl Detentoren als auch Besitzer sind²⁵.

25 Vgl. die Ausführungen vorne § 4 II.

§ 9 BEWEIS VON BESITZ UND DETENTION

Oft ist es für einen Dritten schwierig oder gar unmöglich zu erkennen, ob jemand Besitzer oder nur Detentor ist. Die beiden Arten der Sachherrschaft unterscheiden sich ja primär nur durch den hinter ihnen stehenden Willen. Der Besitzer übt seine Gewalt über die Sache mit der Absicht aus, sich wie ein Eigentümer oder ein Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts zu verhalten; dem Detentor fehlt dieser Wille. Um im Prozess der Schwierigkeit, den Willen zu erkennen, zu begegnen, stellt der Code civil in den Art. 2230f. Beweisvorschriften auf.

I. Vermutung des Besitzes

A. Vermutung

Art. 2230 stellt die Vermutung auf, dass jemand, der eine Sache in seiner physischen Gewalt hat, Besitzer ist, und zwar Besitzer *animo domini*. Beherrscht er die Sache aufgrund eines beschränkten dinglichen Rechtes, so wird, da auf den Schein abgestellt wird, gleichwohl vermutet, dass er mit dem *animus domini* und nicht mit dem *animus rem sibi habendi* besitze¹.

Art. 2230: On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre².

Im Art. 2230 ist eine doppelte Vermutung enthalten: Erstens gilt jedermann, der eine Sache innehat, als Besitzer und genießt so sämtliche Vorteile, die damit verbunden sind. Vor allem wird er durch die possessorischen Klagen

1 Trigeaud 253 Nr. 255.

2 Ähnlich, jedoch nur für bewegliche Sachen, Art. 930 I ZGB.

geschützt und kann sein Recht ersitzen. Zweitens gilt er als Eigentümer und ist somit vom Hauptbeweis im Petitorium entlastet³.

Die Vermutung ist darum gerechtfertigt, da der Besitz die Erscheinungsform des Rechts ist. Meistens fällt die tatsächliche Ausübung der Sachgewalt mit dem Recht zusammen. Allerdings profitiert auch der bösgläubige Besitzer von dieser Vermutung.

Für die Vermutung des Art. 2230 kommt es nicht auf den konkreten Willen des Inhabers der Sachherrschaft an, sondern nur auf die *causa possessionis*. Entscheidend ist der abstrakte Wille, wie er bei einem Eigentümer oder Detentor in der gleichen Situation vorhanden wäre. Er ergibt sich aus dem Rechtsgrund, der zum Erwerb des Besitzes geführt hat⁴. So ist der persönliche Wille eines Pächters, Eigentümer zu sein, unbeachtlich, denn normalerweise hat ein Pächter (*fermier-type*) diese Absicht nicht⁵. Eine Folge daraus ist das Prinzip des Art. 2240, wonach man nur durch Sinneswandlung allein den Rechtsgrund seines Besitzes nicht ändern kann.

Aus den Art. 2230f. folgt, dass alles vom Anfang des Besitzes abhängt, von der Art und Weise, wie der Besitz erlangt wurde⁶.

3 So auch Homberger Art. 930 N. 5; Stark Art. 930 N. 1.

4 Corlay 48f. Die in Frankreich herrschende subjektive Theorie ist folglich nicht identisch mit derjenigen von Savigny, die Jhering als Subjektivitätstheorie bezeichnet hat, denn bei dieser wird auf den konkreten, individuellen Willen des Besitzers abgestellt; vgl. Jhering, Besitzwille 11f.

5 Mazeaud/de Juglart Nr. 1427; ebenso für das schweizerische Recht: G. Gautschi, Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abt., 4. Teilbd.: Der einfache Auftrag, Art. 394-406, 3. Aufl., Bern 1971, Art. 396 N. 41; ablehnend Stark Art. 919 N. 27.

Jhering (a.a.O. 15f.) bezeichnet diese Theorie als abstrakte Willens-theorie.

6 Civ. Ire 16 juin 1962, Bull.civ. I. no. 309; Rodière Nr. 70.

B. Gegenbeweis

Der tatsächliche Inhaber der Sache gilt bis zum Beweis des Gegenteils als Besitzer⁷. Dieser Beweis gelingt, wenn der Kläger nachweisen kann, dass der Beklagte nur Detentor ist, Art. 2230 ("... s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre".).

Der Beklagte muss in der Folge keinen Eigentumstitel vorweisen; es genügt, wenn er beweisen kann, dass er die Sache mit dem *animus domini* erworben hat⁸.

Umgekehrt genügt es nicht, die Vermutung des Eigentums zu zerstören, wenn der Kläger nur sein eigenes Recht nachweist. Er muss effektiv mit Tatsachen beweisen, dass der Beklagte für einen andern besitzt⁹.

II. Vermutung der Dauerhaftigkeit der Prekarität

Art. 2231 stellt die Vermutung auf, dass ein Detentor immer ein solcher bleibt¹⁰.

Art. 2231: Quand on a commencé à posséder pour autrui,
on est toujours présumé posséder au même titre,
s'il n'y a preuve du contraire.

Die Detention ist ein ursprünglicher Mangel, der nicht einfach durch den Zeitablauf behoben werden kann. Auch heute noch gilt der Grundsatz "*Melior est non habere titulum, quam habere vitiosum*"¹¹.

Erwähnung verdient ein Entscheid aus dem Jahre 1833, in dem der Eigentümer eines Stück Landes dieses von der Gemeinde,

7 Civ. 2 mars 1908, D. 1911.I.37; Ferradou 21.

8 Civ. 26 août 1884, S. 86.I.165; Civ. 1re 7 févr. 1962, Bull.civ. I. no. 91, Sem.jur. 1962.IV.43.

9 Civ. 28 févr. 1978, D. 1978, I.R. 425; ebenso Stark Art. 930 N. 25.

10 Vgl. z.B. Civ. 1re 2 mars 1954, Bull.civ. I. no. 81.

11 Vgl. Pothier, Possession Nr. 14.

die es seit mehr als siebenhundert Jahren bewirtschaftet hatte, vindizieren wollte. Es gelang dem Eigentümer, einen siebenhundertjährigen Titel herbeizubringen, der bewies, dass die Gemeinde damals das Land nur zu einem beschränkten Nutzungsrecht (usage) erhalten hatte. Das Gericht entschied in der Folge, die Gemeinde müsse das Land dem Eigentümer zurückgeben¹².

Wird im Prozess vom nichtbesitzenden Kläger bewiesen, dass der Beklagte den Besitz nur prekaristisch erhalten hat, so obliegt diesem der Beweis, dass er jetzt wahrer Besitzer sei, dass er also *animo domini* besitze¹³. Das kann er nur, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass inzwischen eine Besitzwandlung eingetreten ist¹⁴.

Der Mangel der Detention wird wie eine gewöhnliche Obligation vom Erblasser durch Gesamtnachfolge auf den Erben übertragen¹⁵.

Art. 2237: Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu'un des titres désignés par l'article précédent (2236 II: Pächter, Verwahrer, Nutzniesser usw.) ne peuvent non plus prescrire.

Auch falls der Erbe gutgläubig ist und die Sache irrtümlicherweise *animo domini* besitzt, gilt die Vermutung von Art. 2230 für ihn nicht. Der Erbe gilt wie der Erblasser als Detentor¹⁶.

12 Nancy 31 mai 1833, zit. nach Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 314.

13 Colin/Capitant/Julliot de la Morandiére Nr. 386; Ortscheidt 141.

14 Zur Besitzwandlung vgl. den folgenden § 10.

15 Ebenso im schweizerischen Recht; vgl. Hinderling 427; Stark Art. 919 N. 130.

16 Civ. 3e 2 mai 1979, D. 1979, I.R. 408; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 317; Cornu Nr. 1213; Josserand Nr. 1398; Planiol/Ripert/Picard Nr. 164; Ripert/Boulanger Nr. 2326; Weill Nr. 382. Schon Pothier (Possession Nr. 31f.) sprach von Detention "in infinitum". Vgl. auch Dig. 41.5.2.1, den "Vorläufer" von Art. 2237.

§ 10 ENDE DER DETENTION

Auch wenn der Zustand der Detention aufgrund von Art. 2231 grundsätzlich von Dauer ist, gibt es dennoch zwei Möglichkeiten, sie ohne Beteiligung des Eigentümers zu beenden. Es sind dies die beiden Rechtsinstitute der Singularsukzession und der Besitzwandlung.

I. Singularsukzession

Veräussert der Detentor die Sache mittels eines Eigentumsübertragenden Vertrages an einen Dritten, so wird dieser Eigenbesitzer.

Art. 2239: Ceux à qui les fermiers, dépositaires et autres détenteurs précaires ont transmis la chose par un titre translatif de propriété peuvent la prescrire.

Der Einzelnachfolger übernimmt den Mangel der Detention nicht. Ist er gutgläubig, so erwirbt er die Sachherrschaft *animo domini*, und von diesem Moment an beginnt, falls es sich um ein Grundstück handelt, die Ersitzung. Er wird nicht direkt Eigentümer, da ein Erwerb *a non domino* vorliegt. Ist die erworbene Sache eine bewegliche, so erwirbt er gleichzeitig mit dem Besitz aufgrund von Art. 2279 I das Eigentum an der Sache; der frühere Eigentümer ist von der Vinifikation ausgeschlossen¹.

Es zählen folglich nur die Mängel des Einzelnachfolgers und nicht die des Veräusserers. Beweist jedoch der alte Eigentümer, dass der Erwerber die Sache bösgläubig erhalten hat, so

1 Vgl. zum ganzen Abschnitt Pothier, Possession Nr. 34 sowie Aubry/Rau/Esmein Nr. 85; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 318ff.; Cornu Nr. 1214; Planiol/Ripert/Picard Nr. 164; Civ. 8 nov. 1880, D. 81. 1.28 (Dieser Entscheid bezieht sich zwar nur auf die sogenannten "actes de pure facultés" ((vgl. hinten § 12 I.)), lässt sich aber auch auf die Detention übertragen.); Bordeaux 16 juin 1936, D.H. 1936, 500.

kann sich dieser nicht auf Art. 2279 berufen. Dem Eigentümer steht in diesem Fall das Recht zu, die Sache durch eine Vindikation wieder herauszuverlangen. Allerdings gelingt ihm das nur, solange der bösgläubige Besitzer die Sache nicht nach Ablauf der Frist von dreissig Jahren ersessen hat².

II. Besitzwandlung

A. Grundsatz der einseitigen Unabänderlichkeit der causa possessionis

Der Code civil enthält ein altes Prinzip, wonach man durch seinen Willen allein den Rechtsgrund des Besitzverhältnisses nicht ändern könne³.

Art. 2240: On ne peut pas prescrire contre son titre,
en ce sens qu'on ne peut point se changer à
soi-même la cause et le principe de sa possession.

Dieser Artikel drückt noch einmal klar aus, was schon vorne erwähnt worden ist: die persönliche, konkrete Absicht des Inhabers der Sachherrschaft zählt nicht; ob der animus domini oder detinendi pro alieno vorliegt, wird auf abstrakte Weise festgestellt. Es genügt nicht, wenn der Detentor um zu zeigen, dass er in Zukunft als Eigentümer besitzen wolle, irgendeine Handlung vollzieht, die normalerweise nur ein Eigentümer ausführen würde. Es kann ja sein, dass dieser von der Handlung überhaupt keine Notiz nimmt. Weiter ist es möglich, dass der Eigentümer glaubt, der an-

2 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 871; Gaudin de Lagrange/Radouant Nr. 11; Civ. 16 mai 1899, D. 99.1.372.

3 Dig. 41.2.3.19: "...neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse"., ähnlich Dig. 41.5.2.1. Ebenso Pothier, Possession Nr. 31, 35; Req. 12 juill. 1905, D. 1907.1.141; Civ. 3e 2 déc. 1975, D. 1976, Somm. 27; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 322; für das schweizerische Recht: Hinderling 419.

dere habe in seiner Eigenschaft als Detentor gehandelt, oder dass er ganz einfach nachsichtig mit ihm ist und seine Handlung duldet⁴.

Man muss vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit ablehnen, dass eine Aenderung des Willens allein eine Besitzwandlung herbeiführen kann. Der Detentor erhält die betreffende Sache meistens aufgrund eines Vertrages vom Eigentümer; als zweiseitiges Rechtsgeschäft kann ein Vertrag aber nicht durch den Willen nur einer Partei abgeändert oder aufgehoben werden⁵.

Allgemein gilt, dass Art. 2240 dann nicht anwendbar ist, wenn gar kein Titel vorliegt. In einem Fall, den der Kassationshof 1975 zu beurteilen hatte, besass eine von zwei Parteien das ganze Grundstück, das anlässlich einer Erbschaftsteilung unter sie aufgeteilt worden war, mit dem animus domini. Das Gericht erklärte Art. 2240 nicht für anwendbar, da überhaupt kein Titel vorhanden war, also auch keine eigenmächtige Aenderung vorliegen konnte⁶.

Gegen die Regel des Art. 2240 ist, wie übrigens schon im alten französischen Recht⁷, der Beweis zugelassen, der Detentor habe das Eigentum an der Sache durch einen neuen Titel erworben⁸. Der Beweis gelingt, wenn er eine Besitz-

4 Mazeaud/de Juglart Nr. 1428; vgl. auch Art. 2232, siehe dazu hinten § 12.

5 Weill Nr. 382.

6 Civ. 3e 2 déc. 1975, D. 1976, somm. 27, C. Giverdon in Rev.trim.dr. civ. 1977, 154.

7 Pothier, Possession Nr. 35.

8 Civ. 1re 15 févr. 1965, Bull.civ. I. no. 127, J.D. Bredin in Rev. trim.dr.civ. 1965, 677.

wandlung (interversion du titre)⁹ geltend machen kann¹⁰.

Art. 2238: Néanmoins, les personnes énoncées dans les articles 2236 et 2237 peuvent prescrire, si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire.

B. Besitzwandlung durch Handlung eines Dritten

1. Allgemeines

Wenn der Detentor die von ihm gehaltene Sache von einem Dritten zu Eigentum erwirbt, von dem er glaubt, er sei Eigentümer, wird der Rechtsgrund des Besitzes umgewandelt. Der Detentor ist der Meinung, er sei von nun an selbst Eigentümer, und er verhält sich dementsprechend. Er besitzt die Sache jetzt *animo domini*, da auch hier, wie immer, wenn jemand eine Sache erwirbt und die tatsächliche Sachherrschaft hat, der *animus domini* vermutet wird¹¹.

Wenn beispielsweise der Eigentümer eines Bauernhofes stirbt, und der Pächter das Landgut von den angeblichen Erben kauft und deshalb in der Folge keine Pachtzinsen mehr entrichtet, so wird er Besitzer *animo domini*: Er hat die

⁹ Der Ausdruck "Besitzwandlung" wird gewöhnlich nicht im französischen, sondern nur im schweizerischen Recht gebraucht, denn hier wird nicht neuer Besitz erworben, sondern es wird der unselbständige zum selbständigen Besitzer; im französischen Recht hingegen erwirbt der Detentor mit der "interversion" (Umkehrung) neuen Besitz, hatte er doch vorher nur die Detention an der Sache. Mangels eines anderen geeigneten Ausdruckes und aufgrund der Ueberlegung, dass in dieser Beziehung zwischen den beiden Rechtsordnungen nur terminologische, nicht aber sachliche Unterschiede bestehen, rechtfertigt sich die Verwendung des Begriffs der Besitzwandlung dennoch.

¹⁰ Civ. 3e 2 mai 1979, D. 1979, I.R. 408.

¹¹ Civ. 1re 9 nov. 1955, Bull.civ. I. no. 388.

tatsächliche Gewalt über die Sache, ohne das Eigentum eines andern anzuerkennen¹².

Wie im Falle der Singularsukzession¹³ gilt, dass das Eigentum an Grundstücken nicht übertragen werden kann, da ein Erwerb a non domino vorliegt. Die Besitzwandlung macht jedoch den ehemaligen Detentor zum Besitzer, für den die Ersitzungsfrist zu laufen beginnt¹⁴. Und bei beweglichen Sachen erwirbt der Detentor sofort das Eigentum daran aufgrund von Art. 2279 I¹⁵.

2. Voraussetzungen

a. Die eine Voraussetzung der Besitzwandlung durch Handlung eines Dritten ist das Vorliegen eines translativen Erwerbsgeschäftes. Dieses muss von Natur aus in der Lage sein, Eigentum zu übertragen. In Frage kommen Kauf, Tausch, Schenkung und Vermächtnis. Hingegen fallen die Teilung von Erbschaftssachen und der Vergleich ausser Betracht, da sie beide nur deklaratorisch wirken; die Teilung überdies, weil sie unter Universalsukzessoren durchgeführt wird, die aufgrund von Art. 2237 sowieso den Mangel der Detention vom Erblasser übernehmen¹⁶.

b. Eine weitere Voraussetzung der Besitzwandlung ist der

¹² Corlay 51.

¹³ Vorne I.

¹⁴ Rouen 18 juill. 1949, D. 1952, 9, note Lebrun; Cornu Nr. 1217; Planiol/Ripert/Picard Nr. 166.

¹⁵ Colin/Capitant/Julliot de la Morandière (Nr. 389 Fn. 1) stellen zwar fest, dass der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Detentor wegen des Prinzips von Art. 1165, wonach Verträge keine Wirkungen gegenüber Dritten zeitigen, dem wahren Eigentümer nicht entgegengehalten werden kann. Bei beweglichen Sachen hat das jedoch, falls der Detentor in gutem Glauben gehandelt hat, infolge des Art. 2279 keine Auswirkungen.

¹⁶ Req. 18 févr. 1873, D. 73.1.200; Aubry/Rau/Esmein Nr. 84; Corlay a.a.O.

gute Glaube des Detentors. Er darf nicht wissen, dass der Dritte nicht Eigentümer und daher nicht zur Uebertragung befugt ist. Die Besitzwandlung setzt einen Rechtsgrund voraus, der den Detentor dazu legitimiert, die Sache in Zukunft mit dem *animus domini* zu besitzen. Wenn er sich jedoch nicht im Irrtum über die mangelnde Verfügungsmacht des andern befindet, so liegt für die herrschende Lehre keine Besitzwandlung, sondern nur eine Aenderung seines Willens vor, die nach Art. 2240 für die *causa possessionis* ohne Folgen bleibt¹⁷.

Diese Ansicht ist nicht unwidersprochen geblieben: Einige Autoren wollen auch dem bösgläubigen Detentor die Möglichkeit zur Besitzwandlung geben¹⁸. Für Corlay ist diese nur dann ungültig, wenn der Dritte und der Detentor unter einer Decke stecken. Der Grund der Ungültigkeit wäre dann eine Simulation.

Gewichtige Gründe lassen die abweichende Meinung als richtig erscheinen. Warum sollte ein Detentor, der sich bösgläubig durch eine Besitzwandlung zum Besitzer machen lässt, anders behandelt werden als ein Dieb? Aus verschiedenen Ueberlegungen profitiert dieser von seiner dem Recht zuwiderlaufenden Lage¹⁹: Er ist Besitzer, wird in dieser Eigenschaft geschützt und kann die Sache, wenn auch erst nach dreissig Jahren, ersitzen.

Man könnte hier vielleicht einwenden, dass im Falle eines Diebstahls der Eigentümer vor eine klare Situation gestellt sei, seinem Detentor hingegen bringe er ein gewisses Vertrauen entgegen. Dieser Einwand kann jedoch mit einem

17 Rouen 18 juill. 1949, D. 1952, 9; Aubry/Rau/Esmein, Text und Fn. 17 zu Nr. 84; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 389; Cornu Nr. 1217; Planiol/Ripert/Picard, Text und Fn. 1 zu Nr. 166; Ripert/Boulangier Nr. 2328; Rodière Nr. 80; Weill Nr. 383.

18 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 330; Corlay 51, Text und Fn. 24.

19 Vgl. vorne § 3 III.

Argument widerlegt werden, das von Autoren stammt, die zur herrschenden Lehre gehören. Sie haben ihre These zwar nicht in diesem Zusammenhang aufgestellt; sie lässt sich aber dennoch verwenden. Sie lautet, dass der neue Besitzer, also der vorherige Detentor, seinen Besitz unzweideutig auszuüben hat. Zahlt beispielsweise der ehemalige Mieter weiterhin Zins an den rechtmässigen Eigentümer, obwohl er ja selber Eigenbesitzer sein will, so ist sein Besitz nicht eindeutig und damit mangelhaft. Der Eigentümer kann die Sache jederzeit vindizieren²⁰.

Nicht anders sollte es sein, wenn der neue Besitzer seinen Besitz vor dem Eigentümer verheimlicht. Auch dann erfüllt sein Besitz die Voraussetzungen des Art. 2229 nicht. Übt hingegen der ehemalige Detentor, auch wenn er bösgläubig neuer Besitzer geworden ist, seinen Besitz unzweideutig und öffentlich aus, so sollte auch ihm ein ersitzungsfähiger Besitz zugestanden werden.

Ein Fall, der der Situation des bösgläubigen Detentors noch näher ist als der Diebstahl, ist der Kauf einer Sache vom Nichteigentümer durch einen bösgläubigen Dritten, der vorher nicht Detentor war. Auch dieser kommt zwar nicht in den Genuss der Rechtsfolge von Art. 2279, der Ersitzung steht jedoch nichts entgegen.

Es ist deshalb nicht leicht einzusehen, warum im Falle einer Besitzwandlung durch einen bösgläubigen Detentor der Eigentümer, der dreissig Jahre lang nicht gegen den eindeutigen, öffentlichen Besitz von jenem eingeschritten ist, geschützt werden soll.

Solange aber die eindeutige Norm des Art. 2240 besteht, scheint es trotz der erwähnten Gründe keine Möglichkeit zu geben, die Besitzwandlung eines bösgläubigen Detentors gül-

20 Aubry/Rau/Esmein Nr. 84 Fn. 16; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 328f.; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 389; Planiol/Ripert/Picard Nr. 166; Rodière Nr. 81; Weill Nr. 383.

tig zu erklären. Eine andere Lösung könnte nur durch Aenderung des Gesetzes erreicht werden.

C. Besitzwandlung durch Widerspruch des Detentors

1. Allgemeines

Die zweite durch Art. 2238 zugelassene Möglichkeit, das Detentionsverhältnis auf eine neue Basis zu stellen, ist der Widerspruch des Detentors gegen den Eigentümer, er betrachte sich von nun an selber als solchen. Diese Art der Besitzwandlung unterscheidet sich von der ersten dadurch, dass der Detentor ohne neuen Titel zum Eigenbesitzer wird²¹.

Der Widerspruch ist dem Eigentümer selbst oder seinem Stellvertreter²² direkt entgegenzuhalten, sei es durch einen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Akt. Der Eigentümer wird dadurch in Verzug gesetzt zu klagen. Unterlässt er dies, so muss er es in Kauf nehmen, dass die Ersitzung gegen ihn einsetzt. Wegen dieser Folge ist es erforderlich, dass der Eigentümer unzweideutig erkennen können muss, dass seine Rechte durch den Detentor negiert werden²³.

2. Voraussetzungen

a. Nötig ist deshalb zum Beispiel ein formeller Akt der Be-
streitung des Rechts des alten Eigentümers, entweder durch

21 Vgl. zum ganzen folgenden Abschnitt: Aubry/Rau/Esmein Nr. 84; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 388; Corlay 52f.; Cornu Nr. 1218f.; Ortscheidt 142; Planiol/Ripert/Picard Nr. 167; Ripert/Boulanger Nr. 2329; Rodière Nrn. 82ff.; Weill Nr. 384 und vor allem Baudry-Lacantinerie/Tissier Nrn. 333ff.

Die Besitzwandlung durch Widerspruch ist übrigens der einzige Fall im schweizerischen Recht, in dem der animus domini eine Rolle spielt; Hinderling 419.

22 Req. 31 déc. 1924, S. 1924.1.344.

23 Civ. 27 juin 1854, D. 55.1.261.

direkten Widerspruch ausserhalb oder vor dem Gericht oder durch eine gerichtlich zugestellte Urkunde. Es genügt nicht, wenn der Detentor nur öffentlich behauptet, er sei Eigentümer, oder wenn er die Sache entgegen den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen missbraucht, ist es doch wie gesagt möglich, dass der Eigentümer davon gar keine Kenntnis hat oder nachsichtig ist²⁴.

Eine reine Willenserklärung, zum Beispiel die Behauptung des Eigentums bei der Inventaraufnahme einer Erbschaft, bewirkt keine Besitzwandlung²⁵. Nicht anders verhält es sich, wenn sich ein Nutzungsrechtsinhaber zwar während der ganzen Ersitzungsdauer wie ein Eigentümer benimmt, dies aber den wahren Eigentümer weder direkt durch einen Widerspruch noch durch eine gleichwertige tatsächliche Handlung merken lässt²⁶.

b. Auch rein tatsächliche Handlungen können eine Besitzwandlung bewirken. Die Fälle aus der Rechtsprechung zeigen jedoch deutlich, dass aus ihnen der Wille, Eigentümer zu sein, klar hervorgehen muss²⁷. So bauten beispielsweise einige Detentoren eine Mauer um ein Grundstück herum, an dem ihnen nur ein Nutzungsrecht zustand; der Eigentümer schritt nicht ein, obwohl er den Bau bemerkt hatte. Das Gericht entschied, dass durch die Tatsache des Mauerbaus der animus domini der Detentoren genügend ausgedrückt worden und damit eine Besitzwandlung eingetreten sei²⁸.

24 Paris 25 mars 1851, S. 51.2.276; Req. 28 déc. 1857, D. 58.1.113; 26 avr. 1876, S. 76.1.304.

25 Req. 14 nov. 1871, D. 71.1.345.

26 Bourges 23 déc. 1861, D. 63.2.59; ähnlich Req. 3 févr. 1857, D. 57.1.357.

27 Das gleiche gilt auch für das schweizerische Recht: Hinderling 419; Homberger Art. 920 N. 7. Unklar Stark Art. 920 N. 20.

28 Montpellier 26 avr. 1838, S. 39.2.87; ähnlich Req. 18 déc. 1922, S. 1926.1.164.

In einem noch krasserem Fall wurde der Eigentümer vom Detentor mit Gewalt daran gehindert, die Sache vertragsgemäss zurückzuholen. Das Gericht erkannte auf eine Besitzwandlung, da die Gewalt im vorliegenden Fall den animus domini eindeutig ausgedrückt hatte²⁹.

Umgekehrt erklärte der Kassationshof die Besitzwandlung ungültig, auf die sich ein Detentor berief, der einzig entgegen den Abmachungen mit dem Eigentümer auf seinem Grundstück einen Stall errichtet und einige Bäume gepflanzt hatte. Mit diesen Handlungen zeigte er nicht deutlich, aus welcher Absicht heraus er dies tat³⁰.

29 Pau 9 mai 1892, D. 93.2.255.

30 Civ. Ire 25 janv. 1965, Bull.civ. I. no. 72.

§ 11 WIRKUNGEN DER DETENTION

I. Wirkungen gegenüber Dritten

A. Frühere Regelung

1. Verweigerung des Besitzesschutzes für den Detentor

Der klassischen römischen Lehre folgend, verweigerte das französische Recht dem einfachen Detentor den Besitzesschutz¹.

Art. 23 CPrC: Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées, dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible par eux ou les leurs, à titre non précaire.²

Im Falle einer Störung musste der Detentor sich an den Eigentümer wenden, damit dieser dem Eingriff Einhalt gebiete³. Im Gegensatz zum einfachen Detentor stand es den Inhabern eines beschränkten dinglichen Rechtes zu, ihr Recht mittels possessorischer Klagen zu schützen, da sie gegenüber Dritten als Besitzer auftraten⁴.

2. Schutzbehelfe des einfachen Detentors ausserhalb des Besitzesschutzrechts

Der einfache Detentor war jedoch an und für sich nicht schutzlos. Es standen ihm das Recht, sich gegen Gewalt zu

1 Z.B. Civ. Ire 4 juin 1962, Bull.civ. I. no. 281; vgl. auch Trigeaud 317f. Nr. 339.

2 Art. 23 CPrC ist heute aufgehoben, siehe vorne § 6 Fn. 7.
Die Besitzesschutzklagen können übrigens nur im Falle des Besitzes von unbeweglichen Sachen erhoben werden; bei beweglichen Sachen steht ihrer Anwendung Art. 2279 entgegen.

3 Carbonnier 286 Nr. 66; Goubeaux 378; Saint-Alary 185; Weill, addendum 1977, Nr. 378.

4 Z.B. Civ. 14 déc. 1840, D. 41.1.32.

wehren⁵, und jenes zu, in dringenden Fällen mittels vorsorglicher Massnahmen (*procédure de référé*) die Beendigung der Störung zu verlangen⁶.

Weiter liess es die Rechtsprechung sogar zu, dass der Detentor die Sache vom Dritten vindizieren konnte. Das sieht auf den ersten Blick paradox aus, da ein Detentor ja das Eigentum nicht behauptet⁷. Zur Erklärung wird aber angeführt, dass Art. 2279 II nicht vom Eigentümer spreche, sondern einfach von dem, der der Sache beraubt ist. Demzufolge kann auch der Detentor, in casu eine Bank als Verwahrerin von Wertpapieren, die ihm gestohlenen Papiere vindizieren, was durch seine Verantwortung gegenüber dem Eigentümer gefordert wird und sicher in dessen Interesse liegt⁸.

3. Zulassung der *réintégrande*

Als hauptsächlichsten Schutz der Detention liess die Rechtsprechung jedoch schon früh die *réintégrande* zu⁹.

Diese wird normalerweise unter die possessorischen Klagen eingereiht und dient dazu, den durch Gewalt gestörten oder abhandengekommenen Besitz wiederherzustellen¹⁰. Im Gegensatz zu Art. 2229, der sich wie erwähnt nicht nur auf die Ersitzung, sondern auf alle Besitzeswirkungen bezieht, und zu Art. 23 CPrC, der keine Unterscheidung zwischen den einzelnen Besitzesschutzklagen machte, verlangten die Gericht-

5 Saint-Alary 189.

6 Mazeaud/de Juglart Nr. 1426, 1466; dieses Recht steht ihm auch heute noch zu, Art. 809 NCPrc, vgl. Cornu Nr. 1207 Fn.1.

7 Goubeaux 379f.

8 Note sous Civ. 28 mars 1888, D. 88.1.253; M.-J. Pierrard, note sous Aix 19 déc. 1950, Sem.jur. 1951.II.6491; Planiol/Ripert/Picard Nr. 391.

9 Req. 10 nov. 1819, S. 1820.1.129; vgl. als neueren Entscheid: Civ. 3e 24 mai 1972, Bull.civ. III. no. 319, D. 1972, 478. Vgl. auch Vincent/Guinchard Nr. 72.

10 Sie entspricht ungefähr dem *interdictum unde vi* des römischen Rechts.

te für die Anhebung der réintégrande nicht, dass der Besitz ein Jahr gedauert habe und "utile", das heisst ohne Mängel und für die Ersitzung geeignet, sei. Vorausgesetzt wurde lediglich eine einfache Detention, die zum Zeitpunkt der Störung friedlich und öffentlich war, auch falls sie weniger als ein Jahr gedauert hatte¹¹. Gerechtfertigt wurde diese Praxis mit dem Argument, die réintégrande sei eine possessorische Klage mit speziellem Charakter, die als Friedens- und Ordnungsmittel bezwecke, Selbstjustiz zu verhindern¹². Die Möglichkeit, mit Hilfe der Justiz gegen Gewalt vorzugehen, musste unabhängig vom Recht des Betroffenen bestehen; dieser war nur verpflichtet, den "rein tatsächlichen Besitz", die Detention, zu beweisen¹³.

Auch heute gilt noch, dass weder der Mangel der Prekarität noch die Einwendung, die strittige Sache gehöre zum Staatseigentum, dem Detentor entgegengehalten werden können¹⁴. Da die réintégrande den Inhaber der Sachgewalt nicht nur gegen die Selbstjustiz von Privaten, sondern auch von öffentlichrechtlichen Körperschaften schützt, kann sie auch gegen eine Gemeinde erhoben werden. Besitz an öffentlichen Sachen ist zwar grundsätzlich nicht möglich, Detention jedoch schon; die Einrede der "domanialité publique" ist deshalb unbeachtlich¹⁵.

11 Req. 25 avr. 1865, D. 65.1.283 und dort zit. Entscheide; Civ. 17 nov. 1891, D. 92.1.424; 14 févr. 1921, D. 1931.1.176; Civ. 1re 5 juill. 1975, D. 1975, I.R. 201. Vgl. auch Hébraud Nr. 180ff.; Saint-Alary 342ff.

12 Vgl. die in Fn. 11 zit. Entscheide sowie Capitant/Weill/Terré 308f. Nr. 86; Hébraud Nr. 153, 158; Marty/Raynaud Nr. 29; Mazeaud/de Juglart Nr. 1466; Ripert/Boulanger Nr. 2324; Saint-Alary 322ff., 353f.; Trigeaud 313f. Nr. 336.

13 Civ. 23 nov. 1846, D. 47.1.33; 4 juin 1904, D. 1904.1.475; Req. 21 mai 1928, S. 1928.1.246.

14 Req., zit. Fn. 11; Civ. 17 nov. 1891, zit. Fn. 11 (Prekarität); Req. 25 mars 1857, D. 58.1.315 (Staatseigentum).

15 Civ. 1re 6 avr. 1960, Gaz.Pal. 1960.2.36, H. Solus in Rev.trim.dr. civ. 1960, 689f.

Ueber den rechtlichen Charakter der réintégrande wird auch eine abweichende Meinung vertreten, die für die Praxis jedoch keine Auswirkungen zeitigt. So wird gesagt, die réintégrande sei keine sachenrechtliche Klage mehr, sondern eine persönliche, deliktische gegen den Urheber der Gewalt. In diesem Fall ist es klar, dass der Detentor die réintégrande erheben kann, ohne dass dies speziell gerechtfertigt werden muss¹⁶.

Hinsichtlich der réintégrande hat sich bis heute nichts geändert. Es wird weiter nur eine friedliche, beliebig lang ausgeübte Detention gefordert¹⁷.

B. Ausdehnung des Besitzschutzes auf den einfachen Detentor

1. Allgemeines

Im Jahre 1975 wurde in Frankreich ein Gesetz erlassen, das dem Code civil die Art. 2282 und 2283 hinzugefügt hat¹⁸. Für die Sach- und Rechtsbesitzer hat sich durch das Gesetz nichts geändert, wohl aber für den einfachen Detentor.

Art. 2282 II: La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits.

Zusätzlich zur réintégrande, die dem Detentor schon früher gewährt wurde, gibt ihm Art. 2282 II die Möglichkeit, sich mit der complainte gegen jede Störung oder gegen jeden Besitzentzug zur Wehr zu setzen, auch wenn der Angriff

16 Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 456; Planiol/Ripert/Picard Nr. 209; note M.P. sous Civ. 14 févr. 1912, D. 1913.I.176.

17 Vgl. Art. 2283.

18 L. no. 75-596 du 9 juill. 1975, B.L.D. 1975, 239.

ohne Gewalt erfolgte. Weiter steht ihm jetzt zur Abwehr von drohenden Störungen die *dénonciation de nouvel oeuvre* zu.

Darüber hinaus bleibt das Recht des Eigentümers bestehen, selber eine possessorische Klage zu erheben, wenn er glaubt, dass sein Besitz durch den Detentor zu wenig geschützt wird¹⁹.

Mit dieser längst fälligen Neuerung trug der Gesetzgeber den Ueberlegungen der Rechtsprechung und der Doktrin Rechnung, wo sich Widerstand gegen die paradoxe Situation breitgemacht hatte, dass jemand sein Recht nicht gegen Dritte verteidigen konnte²⁰. Die Neuregelung war dazu eine logische Folge der Erkenntnis, dass auch ein obligatorisches Verhältnis, obwohl grundsätzlich aufgrund von Art. 1165 nur zwischen den Parteien wirksam, Dritten entgegengehalten werden kann²¹.

2. Kreis der den Besitzerschutz genießenden Detentoren

Goubeaux weist in seinem Aufsatz aufgrund des Studiums der parlamentarischen Arbeiten nach, dass der Gesetzgeber mit dem Gesetz von 1975 vor allem die Mieter schützen wollte, und fragt sich, wer als weiterer Begünstigter in Frage komme. Er möchte, dass nur derjenige profitieren solle, der eine tatsächliche Sachherrschaft habe, da nur dann Dritte auf den Inhaber des Rechts schliessen könnten²².

Entsprechende Ueberlegungen machen sich die Gerichte,

19 Goubeaux 378.

20 Vgl. vorne § 5 II. C. Ebenso Cornu Nr. 1208.

21 Goubeaux 377; Marty/Raynaud, *Droit civil*, t. II/1: Les obligations, Paris 1962, Nr. 245; R. Savatier in *Rev.trim.cr.civ.* 1934, 529; Weill/Terré, *Droit civil, Les obligations*, 2e éd., Paris 1975, Nrn. 505ff.

22 Goubeaux 378f.

wenn eine Servitut, im speziellen ein Wegrecht, zur Diskussion steht. Weil ein solches keine dauerhafte Dienstbarkeit²³ ist, wird grundsätzlich vermutet, dass der Begünstigte sein Recht nur aufgrund der einfachen Duldung (simple tolérance) des Eigentümers des dienenden Grundstückes ausübe, was bedeutet, dass ihm der Besitzerschutz nicht gewährt wird²⁴.

In einem Entscheid aus dem Jahre 1958 trat das Friedensgericht Nizza auf eine Klage wegen gewaltsamer Störung der Servitut nicht ein, da der Inhaber eines Wegrechts keine eigentliche Sachherrschaft habe. Für die Erhebung der ré-intégrande sei nicht nur eine öffentlich und friedlich ausgeübte Detention Voraussetzung, sondern auch eine, die aktuell sei und materiell ausgeübt werde²⁵. Diese Forderungen sind bei einem Wegrecht jedoch normalerweise nicht erfüllt, wobei der Gegenbeweis zulässig ist²⁶.

Dieser gelingt in den Fällen, in denen man die Ausübung eines Wegrechts als genügend für die Herstellung des materiellen Elementes des Besitzes ansieht, nachdem durch Prüfung der causa der Dienstbarkeit die Vermutung der einfachen Duldung durchbrochen worden ist. Es geht dabei immer um den Schutz von Wegrechten, der vom Eigentümer eines eingeschlossenen Grundstückes beansprucht wird. Aufgrund von Art. 682 hat er gegen den Eigentümer des umschliessenden Grundstückes einen gesetzlichen Anspruch auf Errichtung eines Wegrechts. Er kann deshalb als Besitzer der Ser-

23 Zum Begriff der dauerhaften Servitut siehe hinten § 12 III. B. 1.

24 Vgl. Art. 2232.

25 Trib. paix Nice 27 août 1958, Gaz.Pal. 1958.2.289; ebenso Civ. Ire 5 juill. 1961, Bull.civ. I. no. 372; Civ. 3e 25 juin 1970, Bull. civ. III. no. 438; 11 mai 1976, D. 1976, somm. 65. Vgl. auch Hébraud Nr. 180.

26 Civ. 3e 2 mai 1979, D. 1979, I.R. 402.

vitut auftreten und ist nicht von der Duldung des andern abhängig²⁷.

Es stellt sich daher die Frage, ob nicht allgemein Handlungen, die für sich allein ungenügend sind, eine tatsächliche Sachherrschaft und damit Besitz zu begründen, ihren Charakter durch Prüfung ihrer causa ändern könnten und in der Folge zum Besitzesschutz berechtigen würden. Goubeaux verneint das jedoch mit dem Argument, die possessorischen Klagen als Mittel zur Erhaltung des öffentlichen Friedens dienten nur dem Schutz von tatsächlich ausgeübten Rechten. Aus diesem Grund möchte er den Begriff der Detention stark einengen, in dem Sinne, dass im Prozess allein aus den Handlungen der betreffenden Partei auf eine genügende Sachherrschaft geschlossen werden dürfe und der Umweg über die causa unzulässig sei²⁸.

Zur Unterstützung seiner These behauptet Goubeaux, dass die Gerichte für die Erhebung der réintégrande eine verstärkte Sachherrschaft (détention renforcée) verlangten. Dass das nicht richtig ist, sagt der Kassationshof selber, indem er wörtlich nur eine einfache Sachherrschaft (détention simple) voraussetzt²⁹. Die herrschende Lehre scheint sich keine Gedanken darüber zu machen; aus ihrem Schweigen kann nur darauf geschlossen werden, dass jeder, der als Detentor gilt³⁰, Besitzesschutz genießt³¹.

27 Civ. 20 févr. 1922, Gaz.Pal.1922.2.474, H. Solus in Rev.trim.dr. civ. 1922, 462; Civ. 3e 27 juin 1972, Bull.civ. III. no. 421; 11 déc. 1973, Bull.civ. III. no. 618; 11 mai 1976, D. 1976, I.R. 221; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 451; Mazeaud/de Juglart Nr. 1463 Fn. 3; Planiol/Ripert/Picard Nr. 987; Trigeaud 260f. Nr. 264; Weill Nr. 661.

28 Goubeaux 381f.

29 Civ. 14 févr. 1912, D. 1913.1.176.

30 Siehe vorne § 8 III. B.

31 Carbonnier 286 Nr. 66 in Vbg. mit 180 Nr. 43 ("jeder Detentor"); Cornu Nr. 1210; Mazeaud/de Juglart Nr. 1463; Rodière, Mise à jour Nr. 93f.; Weill, Addendum Nr. 378.

II. Wirkungen im Verhältnis zum Eigentümer der Sache

A. Ersitzung

Betrachtet man den Hauptunterschied zwischen Besitz und Detention, so kommt man nicht umhin, zuerst von einer "Nichtwirkung" der letzteren zu sprechen. Es handelt sich um die Ersitzung. Dem Detentor bleibt sie für immer versagt, da er das Eigentum eines andern anerkennt, Art. 2236f. Er kann sein Los nur ändern, wenn er sein Besitzverhältnis durch eine andere causa auf eine neue Basis stellt, sei es durch einen Vertrag mit dem Eigentümer oder durch eine Besitzwandlung³².

Nicht durch Art. 2236 betroffen wird die Ersitzung eines beschränkten dinglichen Rechts. Dessen Inhaber gilt als sein Besitzer und kann es ersitzen. Die erwähnte Norm schliesst ihn nur von der Ersitzung der Sache, also des Eigentums aus. Sie ist ein Anwendungsfall der Regel "Tantum praescriptum, quantum possessum"³³: Man kann immer nur das ersitzen, woran man Besitz hat. Der beschränkt dinglich Berechtigte besitzt nur sein Recht und kann deshalb das Eigentum nicht ersitzen. Aufgehoben ist im Falle der Ersitzung des Rechts deshalb nur die Rückgabeverpflichtung³⁴.

B. Rückgabeverpflichtung

Die einfache Detention bleibt, solange der Vertrag seine Gültigkeit hat, mit der Verpflichtung zur Rückgabe der Sache an den Eigentümer belastet. Wie bei jeder gewöhnlichen Obligation ist es zwar möglich, dass die Klage auf Rückgabe

32 Vgl. Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 315; Saint-Alary 184.

33 Gemeinrechtliche Rechtsregel unbekannter Herkunft, vgl. L. de Mauri, *Regulae juris*, Milano 1954, S. 181.

34 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 298; Saint-Alary 197.

der Sache verjährt, was jedoch keine grosse Bedeutung hat, da dem Eigentümer die Möglichkeit zur Vindikation jederzeit offensteht.

Die Pflicht zur Rückgabe entfällt nur dann, wenn der Detentor die Sache als Gläubiger innehat und der Eigentümer seine Schuld noch nicht erfüllt hat. Das Retentionsrecht steht ihm jedoch aufgrund des Vertrages und nicht aufgrund seiner Detention zu³⁵.

C. Besitzerschutz

1. Einfache Detentoren

Im folgenden stellt sich die Frage, wie es sich verhält, wenn der Eigentümer den Detentor in der Ausübung der Sachherrschaft stört oder ihn daran hindert, beispielsweise, wenn der Eigentümer unerlaubterweise die Wohnung seines Mieters betritt.

a. Vor der Reform von 1975 war die Sache in bezug auf die gewöhnlichen possessorischen Klagen, die *complainte* und die *dénonciation de nouvel oeuvre*, klar: der Detentor konnte sich mit ihnen nicht schützen.

Er war jedoch nicht schutzlos, denn es standen und stehen ihm auch heute noch die vertraglichen Ansprüche zu³⁶. Ein Mieter wird also nicht gestützt auf sein Detentionsverhältnis, sondern aufgrund des Mietvertrages vorgehen, wenn ihn der Vermieter in seinen Rechten stört. Durch die Reform hat sich in bezug auf die beiden erwähnten Klagen nichts geändert, vgl. Art. 2282 II (... *contre tout autre que celui de qui il tient ses droits.*).

In der Schweiz genießt der unselbständige Besitzer grund-

35 Vgl. dazu die Ausführungen von Trigeaud 299ff. Nrn. 318ff.

36 Civ. 18 janv. 1949, S. 1950.1.147, H. Solus in *Rev.trim.dr.civ.* 1950, 522. Ebenso für das heutige Recht: Cornu Nrn. 1207, 1598.

sätzlich den Besitzesschutz auch gegen den Eigentümer. Nur falls Rechtsfragen zur Diskussion stehen, ist er mit Ausnahme von Art. 927 II ZGB auf eine gewöhnliche Klage aus Vertrag angewiesen. Bei verbotener Eigenmacht steht ihm der Besitzesschutz jedoch immer zu³⁷.

b. Hinsichtlich der réintégrande, die dem Detentor durch die Rechtsprechung schon lange gewährt worden ist, besteht eine grundsätzliche Meinungsverschiedenheit:

Begreift man den Besitzesschutz nur als Mittel für die Erhaltung der öffentlichen Ordnung, so ist es konsequent, ihn dem Detentor auch gegen den Eigentümer zuzugestehen. Diese Lösung liegt durchaus im Einklang mit dem Gesetz, das den Detentor schützt, ohne dass der Richter die dahinterstehende Berechtigung zu untersuchen hätte, Art. 2282 I.

Art. 2282 I: La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace.

Wenn man jedoch den Besitzesschutz als Mittel versteht, durch die Verteidigung einer tatsächlichen Situation das dahinterstehende Recht zu schützen, gelangt man zum gegenteiligen Schluss. Das Ziel der possessorischen Klagen ist nach dieser Ueberlegung der Schutz des Rechtes von Besitzer und Detentor. Es ist klar, dass beide auf sie angewiesen sind, um Dritten ihr Recht entgegenhalten zu können. In der Beziehung zwischen Eigentümer und Detentor geht es aber nicht darum, sein Recht dem andern entgegenzuhalten, sondern um die Erfüllung des zwischen ihnen stehenden Vertrages.

Während in der Beziehung zu einem Dritten von diesem lediglich eine passive Haltung verlangt wird, hat die Erfül-

37 BGE 40 II 329; Hinderling 451; Homberger Art. 926 N. 20.

lung unendlich viele verschiedene Formen. Man kommt nicht umhin, auf das Recht, in diesem Falle auf den Vertrag einzugehen, um das Verhalten einer Partei beurteilen zu können; dadurch wird jedoch die Regel verletzt, dass Besitz- und Rechtsstreit nicht miteinander vermischt werden dürfen³⁸. Der tatsächliche Zustand, wie er sich beim Besitz und der Detention präsentiert, kann für sich allein keine Vermutung für die richtige Erfüllung des Vertrages erbringen. Der Detentor ist deshalb darauf angewiesen, eine persönliche Klage wegen nicht gehöriger Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrages geltend zu machen³⁹.

Trotz dieser in der Doktrin nirgends angefochtenen Meinung machte sich in der Rechtsprechung eine andere Tendenz bemerkbar. Verschiedene untere Gerichte, gegen deren Entscheide offensichtlich kein Rechtsmittel eingelegt worden war, traten auf die *réintégrande* wegen gewaltsamer Störung der Detention ein, die einzelne Detentoren gegen die Eigentümer anhängig machten⁴⁰. Begründet wurde diese Haltung damit, dass die Erfüllung eines Vertrages niemals mit Gewalt erzwungen werden könne, ein Eigentümer also, statt beispielsweise die Mietsache mit Gewalt zurückzunehmen, selber eine obligatorische Klage gegen den Mieter hätte ergreifen müssen, wenn er fand, dieser habe sie ungerechtfertigt behalten. Die Gerichte liessen die *réintégrande* somit

38 "Non-cumul du possessoire et du pétitoire", Art. 3 des Dekretes von 1979, zit. § 6 Fn. 7. Ebenso grundsätzlich für das schweizerische Recht: Homberger Art. 927 N. 11; Stark Vorbem. Besitzerschutz N. 92ff.

39 Civ. 1er févr. 1922, Gaz.Pal. 1922.1.474, zustimmend H. Solus in Rev.trim.dr.civ. 1922, 462. Ebenso Marty/Raynaud 270 Nr. 212; Planiol/Ripert/Picard Nr. 209; Weill, Addendum Nr. 368; Capitant/Weill/Terré 311 Nr. 86. Vgl. zum ganzen Problem v.a. Goubeaux 384.

40 Trib.civ. Marseille 8 févr. 1928, Gaz.Pal. 1928.1.639; Trib.civ. Lannemezan 2 juill. 1930, Gaz.Pal. 1930.2.507; Trib.civ. Seine 15 déc. 1947, Gaz.Pal. 1948.1.82; 21 mars 1956, Gaz.Pal. 1956.1.383.

zu, um der Selbstjustiz zu begegnen⁴¹.

Neben der Doktrin übte auch der Kassationshof an den erwähnten Urteilen indirekte Kritik. Es wies Besitzesschutzklagen von Eigentümern ab, die sie gegen ihre Mieter erhoben hatten, und erklärte, dass beim Vorliegen eines Vertrages zwischen den Streitparteien kein Platz für eine possessorische, sondern nur für eine persönliche Klage sei⁴².

Im schweizerischen Recht kann der Eigentümer hingegen mittels possessorischer Klagen gegen den unselbständigen Besitzer vorgehen, solange die Rechtsfrage nicht in den Streit hineingezogen wird⁴³.

Hinsichtlich des Besitzesschutzes des Detentors gegen den Eigentümer hat in Frankreich der Gesetzgeber von 1975 eine klare Stellung bezogen: Durch Art. 2282 II wird der Besitzesschutz dem Detentor nur gegenüber Dritten, nicht aber gegenüber dem Eigentümer gewährt.

c. Ein spezielles Problem stellt sich, wenn zwei Detentoren ein und desselben Eigentümers miteinander Streit haben. Grundsätzlich kann zum Beispiel ein Mieter gegen einen anderen Mieter des gleichen Vermieters possessorisch vorgehen, da sie ja nicht Parteien desselben Vertrages sind. Sie stehen zueinander wie gewöhnliche Dritte⁴⁴.

Keinen Besitzesschutz gewährte jedoch der Appellations-

41 Note sous Trib.civ. Aurillac 2 nov. 1949, Gaz.Pal 1950.1.96; Japiot in Rev.trim.dr.civ. 1928, 975ff.; Saint-Alary 329 sowie die in Fn. 40 zit. Urteile. Diese wurden von H. Solus heftig kritisiert, vgl. Rev.trim.dr.civ. 1928, 452; 1930, 149f.; 1948, 232; 1956, 588 und zwar mit den oben (Text zu Fn. 38f.) angeführten Argumenten. Vgl. dazu auch Trigeaud 319f. Nr. 340.

42 Req. 21 oct. 1929, Gaz.Pal. 1929.2.785; Civ. 18 janv. 1949, S. 1950. 1.147, H. Solus in Rev.trim.dr.civ. 1950, 522. Gleicher Meinung nach der Reform von 1975 sind: Civ. 3e 22 juin 1976, D. 1976, I.R. 265; Carbonnier 286 Nr. 66; Cornu Nr. 1207; Hébraud Nr. 91, 194ff.

43 Hinderling 451; Stark Vorbem. Besitzesschutz N. 57, Art. 920 N.4; a.M. Homberger Art. 926 N. 20.

44 Civ. 3e 13 oct. 1976, D. 1977, I.R. 10.

hof in Nancy einem Mieter, der gegen einen anderen Mieter des gleichen Hauses klagte. Beide hatten verschiedene Räumlichkeiten gemietet und beide behaupteten, auch der Innenhof gehöre zu ihrem Mietobjekt. Als der Beklagte den Hof als Lagerplatz benutzte, fühlte sich der Kläger in seiner Detention gestört und erhob die *réintégrande*. Das Gericht trat jedoch nicht darauf ein, da die Störung zwar eine tatsächliche war, in Tat und Wahrheit aber die Frage betraf, wie weit das Mietrecht der Parteien ging; es handelte sich also um eine rechtliche Frage, die das Verhältnis von Mieter zu Vermieter betraf⁴⁵.

2. Rechtsbesitzer

Der Rechtsbesitzer ist dem Sachbesitzer nach Art. 2228 gleichgestellt. Er genießt deshalb den Besitzesschutz ohne weiteres. Die herrschende Lehre gestand ihn vor der Reform von 1975 auch gegen den Eigentümer zu, wenn dieser den Besitz des beschränkt dinglich Berechtigten störte⁴⁶.

Ob der Rechtsbesitzer den Schutz auch noch nach der Reform genießt, ist unklar. Das Gesetz sagt deutlich "... contre tout autre que celui de qui il tient ses droits.", (Art. 2282 II). Goubeaux will deshalb nur dann den Rechtsbesitzer possessorisch gegen den Eigentümer der Sache schützen, wenn er sein Recht aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung ausübt (beispielsweise eine gesetzliche Nutzniessung oder eine gesetzliche Servitut), da er dann sein

45 Nancy 17 mai 1960, D. 1960, 713; gl.M.: Civ. 3e 24 mai 1972, Bull. civ. III. no. 319, D. 1972, 478.

46 Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 456; Josserand Nr. 1906; Marty/Raynaud Nr. 71; Planiol/Ripert/Picard Nr. 815; ebenso Civ. 14 déc. 1840, D. 41.1.32. Ebenso für das schweizerische Recht: Homberger Art. 926 N. 20; Stark Vorbem. Besitzesschutz N. 62.

Recht nicht vom Eigentümer herleitet⁴⁷. Dieser These kann man jedoch entgegen, dass es wohl kaum die ratio legis sein kann, einerseits den Besitzerschutz auf die einfachen Detentoren auszudehnen und andererseits den Schutz der Rechtsbesitzer zu beschränken. Es ist daher anzunehmen, dass die Gerichte auch in Zukunft das possessorische Vorgehen des Rechtsbesitzers gegen den Eigentümer zulassen werden.

47 Goubeaux 385.

4. Kapitel A B G R E N Z U N G D E S B E S I T Z E S V O N A N D E R E N T A T S A E C H L I - C H E N Z U S T A E N D E N

§ 12 R E C H T M A E S S I G E U N D G E D U L D E T E H A N D L U N G E N - S E R V I T U T E N B E S I T Z

Profitiert ein Grundeigentümer auf irgendeine Art vom Nachbargrundstück, so weiss ein Dritter oft nicht, aus welchem Rechtsgrund dies geschieht: Es kann sein, dass jener eine Servitut ausübt; möglich ist aber auch, dass der Nachbar diese Ausnützung nur toleriert oder überhaupt nicht davon betroffen ist. Das französische Recht bestimmt je nach der Situation, ob Besitz vorliegt oder nicht.

Art. 2232: Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.

I. Rechtmässige Handlungen

Als rechtmässige Handlungen (actes de pure faculté)¹ gelten solche, die ein Rechtsinhaber innerhalb der Grenzen seines Rechts vornimmt, indem er eine bestimmte Situation ausnützt, auf deren Erhaltung er keinen Anspruch hat². Der Eigentümer oder sein Detentor üben eine Handlung aus, die jedoch keinen Eingriff auf das Nachbargrundstück darstellt, oder unterlassen es, etwas zu tun, was aber für den Nachbarn keinen Nachteil mit sich bringt³.

Typische Beispiele des Ausnützens einer solchen Situa-

1 Ferid (N. 3 E 15, 3 A 106) bezeichnet sie als "rein tatsächliche Benutzungshandlungen".

2 Baudry-Lacantinerie/Tissier Nrn. 161ff., 277ff.; Ferid a.gl.O.; Marty/Raynaud Nr. 28, S. 247 Nr. 187; Ortscheidt 100; Rodière Nr. 33; Trigeaud 259f. Nr. 262f.; Weill Nr. 447.

3 Baudry-Lacantinerie/Tissier a.gl.O.; Saint-Alary 216.

tion sind die Fälle, in denen ein Eigentümer (A) von der Aussicht über das noch unbebaute Nachbargrundstück profitiert, oder wo er das Wasser gebraucht, das einer Quelle des oberen Grundstückes entspringt. In beiden Fällen übt er überhaupt keine physische Gewalt über das benachbarte Grundstück aus, und es steht ihm kein Recht daran zu. Falls der Nachbar (B) dennoch ein Haus baut oder das Wasser der Quelle selber nutzt, so kann A weder possessorisch noch petitorisch gegen B vorgehen⁴. Er gilt weder als Besitzer noch kann er sein "Recht" ersitzen.

II. Geduldete Handlungen

A. Im Gegensatz zu den rechtmässigen Handlungen, die jedem Eigentümer als Ausfluss seines Rechts zustehen, setzen die geduldeten Handlungen (*actes de simple tolérance*)⁵ ein ausdrückliches oder stillschweigendes Einvernehmen zwischen den Eigentümern benachbarter Grundstücke voraus. Der eine benützt das Grundstück des andern mit dessen jederzeit widerrufbaren Erlaubnis⁶.

Wenn der eine Eigentümer eine vom anderen geduldete Handlung ausübt, so ändert sich an seiner Rechtsstellung nichts. Er verursacht zwar einen tatsächlichen Eingriff in das Recht des andern, ohne dieses jedoch auszuschliessen. Er anerkennt notwendigerweise, dass ihm kein Recht zusteht. Damit ist klar, dass er den *animus rem sibi habendi* nicht hat, der für den Besitz einer Servitut nötig wäre⁷.

4 Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 412; Marty/Raynaud Nr. 247 Nr. 187.

5 Diese bezeichnet Ferid (N. 3 A 106) als "blosse unverbindliche Gestattungshandlungen".

6 Aubry/Rau/Esmein 135 Nr. 86; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 282; Marty/Raynaud Nr. 28, S. 247 Nr. 187; Ortscheidt 100; Weill Nr. 447; Req. 9 mai 1881, S. 82.1.456; ebenso Hinderling 412.

7 Req. 17 nov. 1919, S. 1921.1.98; Brédin, note sous Civ. 3e 28 nov. 1972 in Rev.trim.dr.civ. 1973, 591; Ortscheidt 102; Planiol/Ripert/Picard Nr. 961; Saint-Alary 218; Trigeaud 256f. Nr. 260.

Eine Norm wie diejenige von Art. 2232 ist nötig für die Erhaltung einer guten Nachbarschaft. Ohne sie würde kein Grundeigentümer seinem Nachbarn einen Gefallen erweisen, da seine Toleranz immer zum Besitz und dann zur Ersitzung gegen ihn führen würde⁸.

B. Die Nähe des Begriffs der geduldeten Handlung zum römischen precarium ist offensichtlich. Hier wie dort erfolgen die tatsächlichen Akte mit der einfachen Duldung oder Erlaubnis des jeweiligen Eigentümers. Und so wie der Prätor dem Prekaristen zum Schutz seiner Sachherrschaft Interdikte zugestand, so gilt auch jener, der eine geduldete Handlung ausübt, in gewissen Fällen als Besitzer und ist deshalb legitimiert, Besitzesschutzklagen zu erheben⁹.

III. Servitutenbesitz

A. Allgemeines

Die geduldeten und die rechtmässigen Handlungen unterscheiden sich vom Besitz durch das psychische Element, den animus. Beim Vorliegen einer Grunddienstbarkeit ist es jedoch oft äusserst schwierig oder gar unmöglich abzuklären, ob der Inhaber mit den tatsächlichen Akten sein Recht oder nur eine vom Nachbarn geduldete Handlung ausüben will. Je nach Art der Dienstbarkeit wird diese ja durch eine materielle Einwirkung auf das Recht des andern ausgeübt.

B. Arten von Servituten

Um solchen Schwierigkeiten zu begegnen, hat der Gesetz-

⁸ Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 282; Rodière Nr. 30.

⁹ Req. 3 janv. 1877, D. 77.1.14; Civ. 3e 28 nov. 1972, Bull.civ. III. no. 630; Aubry/Rau/Esmein 136 Nr. 86; Baudry-Lacantinerie/Tissier Nr. 269; Marty/Raynaud Nr. 28; Planiol/Ripert/Picard Nr. 961; Rodière Nr. 32; Trigeaud 256f. Nr. 260.

Vgl. als Beispiel das Wegrecht, das dem Eigentümer eines eingeschlossenen Grundstücks zusteht, vorne § 11 I. 2.

geber in den Art. 690f. relativ willkürliche Vermutungen aufgestellt, die sich auf die verschiedenen Arten von Servituten nach Art. 688f. beziehen¹⁰.

1. Art. 688 macht zwischen dauerhaften (continues) und nicht dauerhaften (discontinues) Servituten eine Unterscheidung.

Dauerhafte Grunddienstbarkeiten sind nach Abs. 2 solche, die dauernd ausgeübt werden oder werden können, ohne dass ein ständiges Handeln des Rechtsinhabers erforderlich ist. Als Beispiele werden das Wasser- (conduite d'eau), das Abfluss- (égout) und das Aussichtsrecht (vue) genannt.

Die Dauerhaftigkeit in diesem Sinne ist unabhängig von der tatsächlichen Ausübung des Rechts und muss deshalb von der Dauerhaftigkeit als Qualität des Besitzes unterschieden werden. Jene ist der Hauptbestandteil des corpus der Servitut und selber wie ein wesentliches Element des Besitzes zu betrachten¹¹.

Art. 688 III definiert die nicht dauerhaften Servituten als solche, die nur durch tatsächliches menschliches Handeln ausgeübt werden können, so das Weg- (passage), das Wasserschöpf- (puisage) und das Weiderecht (pacage).

2. Weiter unterscheidet der Code civil zwischen sichtbaren (apparentes) und unsichtbaren (non apparentes) Servituten, Art. 689.

Aufgrund von Abs. 2 machen sich die sichtbaren Dienstbarkeiten durch ein äusseres Werk bemerkbar, zum Beispiel eine Türe, ein Fenster oder eine offene Wasserleitung (aque-duc).

Unsichtbare Grunddienstbarkeiten hingegen haben kein für Aussenstehende erkennbares Zeichen, das auf ein solches

¹⁰ Cornu Nr. 1466ff.; Saint-Alary 219ff.

¹¹ Trigeaud 254ff. Nrn. 257, 259; vgl. auch Marty/Raynaud Nr. 152-1.

Recht hinweisen würde. Abs. 3 des genannten Artikels zählt als Beispiele das Bau- (prohibition de bâtir) und das Höhenbauverbot (prohibition de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée) auf.

C. Kombinationsmöglichkeiten

Aus der Kombination der verschiedenen Arten ergeben sich vier unterschiedliche Möglichkeiten von Servituten¹²:

- dauerhafte und sichtbare, z.B. die Ausübung eines Wasserrechts mittels einer sichtbaren Leitung;
- dauerhafte und unsichtbare, z.B. das Bauverbot;
- nicht dauerhafte und sichtbare, z.B. ein Wegrecht, für dessen Ausübung eine Türe in den Zaun eingefügt oder eine Strasse gebaut wurde;
- nicht dauerhafte und unsichtbare, z.B. ein Wegrecht, für welches keine besonderen Einrichtungen bestehen.

D. Besitzvermutungen

Aus den Vermutungen der Art. 690 und 691 geht hervor, dass nur bei der ersten der aufgeführten Möglichkeiten Besitz angenommen wird, also bei dauerhaften und sichtbaren Servituten. Nur sie können Gegenstand eines ersitzungsfähigen Besitzes sein¹³.

Art. 690: Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans.

Art. 691: Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.

¹² Vgl. Saint-Alary 220f.

¹³ Req. 10 févr. 1887, S. 87.1.263; Civ. 16 févr. 1926, D.H. 1926, 237; Civ. 1re 22 févr. 1965, Bull.civ. I. no. 146; Civ. 3e 25 févr. 1971, D. 1971, somm. 128; Ferradou 59, 61; Ferru Nrn. 176, 181.

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, ...

Eine logische Rechtfertigung dieser Einschränkungen gibt es nicht. Die Lösung des Code civil ist vielmehr ein Kompromiss zwischen den verschiedenartigen Auffassungen in den französischen Provinzen, von denen ein Teil in ihren Coutumes die Ersitzung für alle Grunddienstbarkeiten, andere hingegen für überhaupt keine zuliessen¹⁴.

Grundsätzlich besteht bei Servituten eine Vermutung der Duldung und nicht des Besitzes¹⁵. Sie ist jedoch nicht unwiderlegbar: Im Jahre 1897 erkannte der Kassationshof im Prozess über eine normalerweise nur geduldete Handlung - das Ablagern von Holz - , dass Besitz vorliege. Die Begründung lautete, der Kläger habe das Holz seit mehr als dreissig Jahren immer wieder auf dem gleichen Platz, der für diesen Gebrauch reserviert war, gelagert. Die geduldete Handlung habe das Ausmass einer dauerhaften und sichtbaren Servitut erlangt, und man könne dem Kläger den animus possidendi nicht absprechen¹⁶.

Umgekehrt kann bei ersitzungsfähigen Servituten die Vermutung des Besitzes durch das Vorweisen von Urkunden oder durch Tatsachen umgestossen werden, indem der Eigentümer des belasteten Grundstückes beweisen kann, dass nur eine geduldete Handlung vorliegt¹⁷.

Dem Richter steht eine freie Beweismwürdigung zu, ob bei einer Servitut Besitz oder nur Duldung vorliegt. Er berücksichtigt dabei die lokalen Gebräuche und Gewohnheiten¹⁸.

14 Ferru Nr. 183; Marty/Raynaud Nr. 152-1; Mazeaud/de Juglart Nr. 1719; Weill, Text und Fn. 2 zu Nr. 648; vgl. auch P. Liver, Abhandlungen zur schweizerischen und bündnerischen Rechtsgeschichte, Chur 1970, S. 305ff.

15 Ferru Nr. 184.

16 Civ. 26 juill. 1897, D. 97.1.616; ebenso Req. 14 mai 1877, D. 78.1. 39 (in Bezug auf ein Weiderecht).

17 Saint-Alary 221.

18 Req. 4 juill. 1895, D. 96.1.31; Civ. 3e 30 janv. 1973, Bull.civ. III no. 88; Saint-Alary 222.

Auch aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung oder eines Rechtstitels, die die Vermutung der Duldung ausschliessen, kann folgen, dass selbst nicht dauerhafte oder unsichtbare Servituten zur Ersitzung führen können¹⁹ oder wenigstens zum Besitzesschutz berechtigen²⁰.

Die Härte des Gesetzgebers wird darüber hinaus gemildert durch die Rechtsprechung, die den Kläger bei nicht ersitzungsfähigen Servituten unter gewissen Umständen nicht die Servitut selber, sondern das Eigentum, das Miteigentum oder ein dingliches Gebrauchsrecht am beanspruchten Teil des belasteten Grundstücks durch Ersitzung erwerben lässt²¹. In diesem Fall genießt der Inhaber der Servitut natürlich, da ihm der *animus domini* oder *rem sibi habendi* zugestanden wird, ohne weiteres den Besitzesschutz²².

E. Servitutenbesitz als mangelhafter Besitz

Der Servitutenbesitz ist im Gegensatz zum Besitz anderer beschränkter dinglicher Rechte mangelhaft, denn in einem Punkt, dem Besitzesschutz, entfaltet er nicht die gleichen Wirkungen. Er genießt diesen zwar in vollem Umfange gegen Störungen von Dritten²³; gegen den Eigentümer, von dem er sein Recht herleitet, kann der Servitutsberechtigte

19 Civ. 23 mars 1874, S. 74.1.218; Weill Nr. 661. Vgl. z.B. das Wegrecht im Falle eines eingeschlossenen Grundstücks, Art. 687. Siehe vorne § 11 I. B. 2.

20 Civ. 3e 10 juill. 1978, Bull.civ. III. no. 284; Hébraud Nr. 222. Heute ist der Richter durch das Gesetz legitimiert, den Titel zu untersuchen, um festzustellen, ob der Besitzesschutz zu gewähren sei, Art. 3 des Dekretes von 1979, zit. § 6 Fn. 7.

21 Civ. 15 nov. 1949, Bull.civ. no. 320, p.1072; Carbonnier 226 Nr. 53; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière Nr. 451; Mazeaud/de Juglart Nr. 1719; Weill Nr. 650, und ausführlich Ferru Nr. 185ff.

22 Req. 26 janv. 1876, D. 77.1.259; Hébraud Nr. 237.

23 Dies gilt nur mit Ausnahme der *réintégrandes*, die bei fehlender materieller Sachherrschaft nicht gewährt wird, Hébraud Nr. 194. Siehe vorne § 11 I. B. 2.

jedoch nicht possessorisch vorgehen²⁴. Im Gegensatz dazu gewährt das schweizerische Recht den Besitzerschutz den Inhabern einer Grunddienstbarkeit ungeschmälert²⁵.

24 Civ. 6 mars 1855, S. 55.1.507; Req. 5 nov. 1867, S. 67.1.417 (Das Gericht spricht zwar hier von Prekarität und nicht von Duldung, was aber ohne Einfluss ist, stellt es doch selber fest, dass die "précarité" der Servitut den Besitz nicht hindere, sondern nur mangelhaft mache.).

25 Homberger Art. 926 N. 20; Stark Vorbem. Besitzerschutz N. 62f., 72ff. grundlegend Liver Art. 737 N. 126ff; Rey, Syst. Teil N. 132ff.

§ 13 BESITZ UND SCHEINBARES EIGENTUM

I. Begriff des scheinbaren Eigentums

A. Allgemeines

Oft ist es schwierig oder gar unmöglich, über die rechtliche Situation einer Person, mit der man ein Rechtsgeschäft abschliesst, Bescheid zu wissen. Ein normaler Geschäftsverkehr ist nicht denkbar, wenn man nicht auf den Schein vertrauen darf, der in unseren Rechtsordnungen das dahinterstehende Recht vermuten lässt. Aus dieser sozialen Notwendigkeit heraus entwickelten die französische Rechtsprechung und Literatur die Theorie des Rechtsscheins (*apparence*)¹.

In Bezug auf das Eigentum bezweckt sie, die rechtsgeschäftliche Uebertragung einer Sache vom Nichteigentümer an einen Dritten gültig zu machen. Ein solches Geschäft wäre aufgrund der juristischen Logik und auch wegen des fundamentalen Satzes des römischen Rechts "*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*"² nichtig, vor allem aber auch wegen der klaren Norm des Art. 1599 ("*La vente de la chose d'autrui est nulle*").³ Im besonderen aber dient die Theorie der *apparence* dazu, die Existenz eines Rechtes zuungunsten des wahren Eigentümers zu beweisen⁴.

1 J. Calais-Auloy, note sous Ass.plén.civ. 13 déc. 1962, D. 1963, 277; Derrida Nr. 3; Trigeaud 556 Nr. 567. Die Theorie findet in den verschiedensten Gebieten des Zivil- und Handelsrechts Anwendung, vgl. dazu Derrida. Für diese Arbeit ist jedoch nur das scheinbare Eigentum (*propriété apparente*) von Belang. Die in der Folge zitierten Gerichtsentscheide beziehen sich zum Teil auch auf die vollmachtlose Stellvertretung und die Geschäftsführung ohne Auftrag, wobei dies wegen der darin allgemein gehaltenen Formulierungen irrelevant ist.

2 Dig. 50.17.54.

3 Derrida Nr. 2.

4 ders. Nr. 100, 105.

Um diese den Interessen des Eigentümers zuwiderlaufende Lösung zu erreichen, müssen verschiedene Bedingungen erfüllt sein.

B. Aufbau des scheinbaren Eigentums

1. Auf der materiellen Seite weist das scheinbare Eigentum Zeichen einer wahren Situation auf. Der scheinbare Eigentümer benimmt sich wie der richtige, sei er gut- oder bösgläubig⁵. Entstehen kann eine solche Begebenheit zum Beispiel dadurch, dass jemand glaubt, er sei durch den Kauf einer Sache deren Eigentümer geworden, dabei aber übersieht, dass der Kaufvertrag ungültig ist⁶. In der Folge wird er allgemein als wahrer Eigentümer angesehen. Solche Fälle können deshalb auftreten, weil im französischen im Gegensatz zum schweizerischen Recht die Publizität nur deklaratorisch wirkt⁷.

2. Die psychologische Seite besteht aus zwei Komponenten:

Erstens muss der Irrtum darüber, dass der scheinbare nicht mit dem wahren Eigentümer übereinstimmt, ein allgemeiner sein, nach dem Grundsatz "Error communis facit ius"⁸, und wäre somit ein unwiderlegbarer⁹. Im Jahre 1962 sprach jedoch der Kassationshof nicht von einem allgemeinen, sondern von einem legitimen Irrtum¹⁰, den man folglich widerlegen konnte¹¹.

5 Montpellier 16 juin 1964, D. 1965, 101.

6 Derrida Nr. 37; Trigeaud 556 Nr. 567.

7 Derrida Nr. 31; Planiol/Ripert/Picard Nr. 243; Trigeaud 553 Nr. 564.

8 Civ. 1re 3 avr. 1963, D. 1964, 306; Marty/Raynaud Nr. 45; Ortscheidt 62; Planiol/Ripert/Picard Nr. 245; Trigeaud 555 Nr. 567; Weill Nr. 347.

9 Calais-Auloy, note sous Civ. zit. Fn. 8; Derrida Nr. 26; Mazeaud/de Juglart Nr. 1406.

10 Ass.plén.civ. 13 déc. 1962, D. 1963, 277.

11 Calais-Auloy, note sous Ass.plén.civ. zit. Fn. 10.

Kurz darauf hatte der Appellationshof in Montpellier über die Klage eines Eigentümers zu entscheiden, der einen Mieter aus seinem Haus vertreiben wollte¹². Dieser wohnte schon seit mehreren Jahren dort, hatte jedoch den Mietvertrag mit jemandem abgeschlossen, von dem er glaubte, er sei Eigentümer des Hauses. Das Gericht erachtete es als Voraussetzung, dass dieser Vermieter auch von der Allgemeinheit als wahrer Eigentümer angesehen wurde, was in casu auch zutraf. Dennoch betrachtete es den Irrtum des Mieters nicht als unwiderlegbar¹³ und untersuchte, ob der Irrtum über die Person des Vermieters dem Mieter nicht vorgeworfen werden könnte. Es entschied, dass weder das Gesetz noch irgendein Brauch von einem Mieter verlangten, sich nach den wirklichen Eigentumsverhältnissen zu erkundigen. Jeder gutgläubigen Person im normalen Geschäftsverkehr wäre dieser Irrtum unterlaufen¹⁴. Heute herrscht in Lehre und Rechtsprechung diese Ansicht vor: Der Irrtum muss zwar ein allgemeiner, aber kein unwiderlegbarer sein.

Die zweite Voraussetzung auf der psychologischen Seite ist, wie aus dem eben gesagten hervorgeht, der gute Glaube des Dritten, der die Sache vom scheinbaren Eigentümer erwirbt. Sein Irrtum über das Recht des Veräußerers zum Beispiel darf nicht von ihm verschuldet sein¹⁵. Manchmal wird statt von gutem auch von legitimem Glauben (*croyance légitime*) des Dritten in die Veräußerungsbefugnis des schein-

12 Montpellier 16 juin 1964, D. 1965, 101.

13 Ebenso Calais-Auloy, note sous Montpellier zit. Fn. 12.

14 Vgl. dazu Derrida Nr. 26; Mazeaud/de Juglart Nr. 1406; Trigeaud 555 Nr. 567; Weill Nr. 347.

15 Civ. Ire 8 juin 1966, Bull.civ. I. no. 354; Derrida a.gl.O.; Mazeaud/de Juglart a.gl.O.; Trigeaud 554f. Nr. 566; Weill Nrn. 345, 346.

baren Eigentümers gesprochen¹⁶.

Die Erfordernisse des allgemeinen Irrtums und des guten Glaubens müssen unabhängig voneinander vorhanden sein¹⁷.

II. Vergleich mit dem Besitz

A. Die Formulierung, der scheinbare Eigentümer verhalte sich wie der wahre, zeigt unmittelbar die Nähe der Theorien der apparence und des Besitzes. Sowohl der Besitzer wie auch der scheinbare Eigentümer üben die gleiche Sachherrschaft aus. Die materielle Seite des scheinbaren Eigentums wird meistens mit dem corpus des Besitzes übereinstimmen. Wie oben ausgeführt, wird auf der psychologischen Seite kein spezieller animus verlangt. Er ist im corpus enthalten; dieses genügt für die Begründung des scheinbaren Eigentums¹⁸.

B. Der grosse Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten liegt darin, dass die Oeffentlichkeit allgemein dem Irrtum unterliegt, der scheinbare Eigentümer sei der richtige. Diese beiden sind jedoch nie identisch; beim Besitz hingegen stimmt die Person des Inhabers der Sachherrschaft meistens mit derjenigen des Eigentümers überein¹⁹. Da der scheinbare Eigentümer in Tat und Wahrheit Nichteigentümer der betreffenden Sache ist, wäre das Geschäft, das er mit einem Dritten darüber abschliesst, grundsätzlich nichtig; wegen des allgemeinen Irrtums wird dieser aber dennoch sofort Eigentümer. Der wahre Eigentümer kann die Sache nicht

16 Ass.plén.civ. 13 déc. 1962, D. 1963, 277; Civ. 1re 4 janv. 1965, D. 1965, 218; 30 mars 1965, D. 1965, 559.

17 Civ. 1re 17 juill. 1957, Bull.civ. I. no. 345; Derrida Nr. 49.

18 Vgl. Trigeaud 554 Nrn. 564f.

19 Vgl. dazu Derrida Nr. 6; Mazeaud/de Juglart Nr. 1411.

vindizieren.

Diese Lösung stimmt mit derjenigen des Art. 2279 I ("En fait des meubles, la possession vaut titre".) überein. Auch hier muss der Erwerber gutgläubig sein²⁰; auch er vertraut auf den Rechtsschein, also darauf, dass der andere zur Veräusserung befugt ist²¹. Bei beweglichen Sachen ist deshalb die Theorie des scheinbaren Eigentums praktisch bedeutungslos. Sie wird dennoch angewendet in den Ausnahmefällen, in denen die Sache dem wahren Eigentümer gestohlen worden ist oder er sie verloren hat. Dann kann dieser aufgrund der Art. 2279 II und 2280 I, die den Art. 934 I und II ZGB entsprechen, die Sache durch Vindikation zurückverlangen. Ist der Erwerber in solchen Fällen jedoch einem allgemeinen Irrtum im Sinne der Theorie der apparence unterlegen, so verliert der wahre Eigentümer auch diese Möglichkeit zur Rückforderung. Der Erwerber ist in jedem Fall geschützt²².

Eine grössere praktische Bedeutung hat die Anwendung des scheinbaren Eigentums bei Grundstücken. Hier wird die lange Dauer der Ersitzung, die auch ein gutgläubiger Erwerber einer Sache vom Nichteigentümer hinnehmen muss, durch den allgemeinen Irrtum ersetzt²³. Wer ein Grundstück vom scheinbaren Eigentümer erwirbt, wird selber sofort Eigentümer und kann dabei von niemandem mehr gehindert werden.

Abschliessend ist zu bemerken, dass ein Besitzer auch Eigentümer werden kann, wenn nur er, nicht aber die Allgemeinheit, einem Irrtum erlegen ist. Selbst wenn er sich über die mangelnde Veräusserungsbefugnis nicht irrt, er

20 Vgl. z.B. Cornu Nr. 1636 und dort zit. Entscheide.

21 Evelyne Leroux, Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945, in: Rev.trim.dr.civ. 1974, 509s., bes. 511 n.4; Ortscheidt 63.

22 Derrida Nr. 108.

23 Trigeaud 556 Nr. 567; Weill Nr. 347.

also bösgläubig ist, wird er Eigentümer, allerdings mit einer längeren Ersitzungsdauer. Der Dritte, der eine Sache vom scheinbaren Eigentümer erwirbt, muss immer gutgläubig sein; hingegen wird er Eigentümer, auch ohne Besitzer zu sein.

§ 14 BESITZ UND OBHUT

I. Begriff der Obhut

Aufgrund von Art. 1384 muss derjenige, der eine Sache in seiner Obhut (garde) hat, für Schäden aufkommen, die durch diese Sache verursacht werden.

Art. 1384 I: On est responsable ... du dommage ... qui est causé par ... des choses que l'on a sous sa garde.

Die Begriffe von Besitz und Obhut scheinen sich auf den ersten Blick zu überdecken. Aber schon wegen der verschiedenen Funktionen von Sachen- und Haftpflichtrecht folgt, dass sie nicht identisch sein können. Im folgenden sei dargestellt, worin sie sich unterscheiden.

II. Natur der Obhut

A. Auslösung der Kontroverse

Durch einen Entscheid der Chambre des requêtes des Kassationshofes aus dem Jahre 1896¹ wurde in der französischen Rechtsprechung und Doktrin eine heftige Kontroverse über die Natur der Obhut ausgelöst. Das Gericht hatte ohne weitere Erklärung festgestellt, dass der Eigentümer einer Sache für die durch diese herbeigeführten Schäden verantwortlich sei². Der Streit drehte sich darum, ob die Obhut allein vom dahinterstehenden Recht, meistens dem Eigentum, abhängig sei oder ob sie nicht eher durch die tatsächliche Gewalt über die Sache begründet werde. Es entstanden in der Folge die Theorie der rechtlichen (garde juridique) und diejenige der materiellen Obhut (garde matérielle).

1 Req. 16 juin 1896, D. 97.1.433.

2 Ebenso ohne Erklärung Civ. 12 déc. 1933, D.H. 1934, 84.

B. Uebertragung der Obhut nach der Theorie der rechtlichen Obhut

Dass der Eigentümer, der gewöhnlich Halter (gardien) der Sache ist, die Obhut übertragen kann, ist noch nie zur Diskussion gestanden. Nur darüber, wann der Uebergang vollzogen ist, scheiden sich die Geister. In den Jahren 1931 und 1932 entschied die Strafkammer des Kassationshofes, dass ein Garagist das Auto, das ihm zur Reparatur überlassen wird, als Verwahrer in seiner Obhut habe³. Das Gericht begnügte sich auch hier mit einer lapidaren Feststellung, ohne sie zu erklären. Offensichtlich stützte es sich auf das Recht⁴.

Ebenso galt aufgrund dieser Ansicht ein Hotelier als Halter des Autos, das ihm von einem Gast zur Verwahrung übergeben wurde, obwohl einer seiner Angestellten unter Missbrauch seiner Befugnisse mit dem Fahrzeug einen Unfall verursachte⁵.

C. Uebertragung der Obhut nach der Theorie der materiellen Obhut

Die Anhänger dieser Auffassung vertreten die Meinung, dass die Obhut nicht vom Recht, sondern von den konkreten Tatsachen abhängig ist. Der Eigentümer einer Sache wird zwar gewöhnlich als Inhaber der Obhut vermutet, aber nicht, weil diese eine rechtliche Folge des Eigentums wäre, sondern weil ein Eigentümer normalerweise die Bedingungen aufweist, aufgrund derer man Halter einer Sache ist. Ein solcher ist unabhängig von anderen Personen, das heisst, er

3 Crim. 17 avr. 1931, Gaz.Pal. 1931.2.57; 23 juin et 1re juill. 1932, Gaz.Pal. 1932.2.462.

4 Vgl. Goldman 55ff. Nr. 32.

5 Req. 25 nov. 1940, Gaz.Pal. 1940.2.321.

erhält von niemandem Befehle oder Weisungen für den Gebrauch der Sache. Dazu übt er die Sachherrschaft gewöhnlich aus einem legitimen Rechtsgrund aus. Diese Punkte sind bei einem Eigentümer meistens vereinigt⁶.

Auch verschiedene Gerichtsentscheide liegen auf dieser Linie: Halter einer Sache nach Art. 1384 I ist demnach nicht unbedingt der Eigentümer, sondern derjenige, der die tatsächlichen Bedingungen der Obhut erfüllt. Durch die alleinige Tatsache, dass sich eine andere Person in der Situation eines unabhängigen Eigentümers befindet, ungeachtet, ob er die Einwilligung des wahren Eigentümers hat oder nicht, verliert dieser die Obhut an der Sache⁷.

D. Der Entscheid des Kassationshofes von 1936

Am weitesten im Sinne der Theorie der rechtlichen Obhut ging der Kassationshof im berühmten Entscheid vom 3. März 1936⁸, als er den Eigentümer eines gestohlenen Automobils für den vom Dieb verursachten Schaden verantwortlich machte.

Das Urteil erregte in der Fachwelt ausserordentliches Aufsehen. Die Anhänger der Konzeption der rechtlichen Obhut glaubten, den entscheidenden Sieg errungen zu haben, auf der anderen Seite spricht Goldman von einer Rebellion der Richter gegen das Urteil⁹.

Josserand verteidigte die Meinung des Gerichts mit dem Argument, aus Gründen der Billigkeit dürfe nicht anders entschieden werden, da erfahrungsgemäss das Opfer eines Unfalles vom Autodieb nichts erhalte. Man müsse also, um

6 Vgl. dazu Goldman Einl. S. 13 und S. 39 Nr. 16.

7 Req. 12 janv. 1927, D. 1927.1.145, note Savatier; 22 mai 1935, Gaz. Pal. 1935.2.236; 10 nov. 1936, Gaz. Pal. 1936.2.943.

8 Civ. 3 mars 1936, D. 1936.1.81.

9 Goldman 126 Nr. 77.

den Entscheid zu verstehen, die Lage des Opfers in Betracht ziehen¹⁰. In einem kurzen Satz hält er zur weiteren Rechtsfertigung noch fest, dass das Automobil eine Sache sei, die von Natur aus jemanden schädigen könne und der Eigentümer wegen dieser Gefährdung anderer Personen haftbar zu machen sei¹¹. Ein weiterer grosser Jurist, Henri Capitant, findet es jedoch unbillig, den Eigentümer den Schaden tragen zu lassen, da er ja schon durch den Diebstahl geschädigt sei¹².

Josserand argumentiert ganz im Stile eines Verfechters der Theorie der rechtlichen Obhut weiter, dass es nicht genüge, die Sache materiell innezuhaben, um die Obhut im Sinne von Art. 1384 I an ihr zu haben. So bleibe zum Beispiel der Eigentümer eines Autos Halter, wenn er es seinem Chauffeur überlasse oder wenn er es auf der Strasse parkiere¹³. Josserand kommt zum Schluss, dass die Obhut ein rechtlicher Begriff sei, der nur durch ein Rechtsgeschäft wie beispielsweise Miete, Leihe oder Kauf übertragen werden könne. Ein Diebstahl würde nicht genügen¹⁴.

Capitant hält diesen Argumenten in seiner "magistralen Note" (G. Ripert) entgegen, dass es gegen die Prinzipien des Rechts verstosse, wenn ein Dieb keine Obhut an der gestohlenen Sache haben und somit keine Verantwortung für die durch diese verursachten Schäden tragen solle. Folgte man der Ansicht Josserands konsequent, so würde zum Beispiel der gutgläubige Erwerber einer Sache vom Nichtberechtigten nie Halter, da er ja mit dem alten Halter, dem wahren

10 Josserand, Gardien 37f.

11 ders. a.a.O. 38. Er bringt so die Gefährdungshaftung mit ins Spiel.

12 Capitant, note sous Civ. 3 mars 1936, D. 1936.1.81.

13 Josserand a.gl.O. Für den Fall des Diebstahls ist das Beispiel des parkierten Autos allerdings irrelevant; ähnlich Capitant a.gl.O.

14 Josserand a.a.O. 39.

Eigentümer, kein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat¹⁵. Sogar ein bösgläubiger Erwerber wird nach dreissig Jahren durch Ersitzung Eigentümer der Sache, aber der alte Eigentümer würde Halter bleiben, wenn ihm die Sache früher gestohlen worden wäre¹⁶.

Capitant fragt deshalb leicht spöttisch: "Qu'est-ce donc que cette chose mystérieuse, la garde, qui seule subsiste sur la tête du propriétaire et ne peut se détacher de lui que par sa volonté?". Und ihm folgend Ripert: "Cette garde juridique, ..., reste attachée à la personne et la brûle de tous les feux qu'elle peut allumer"¹⁷.

Capitant fordert, dass der Begriff der Obhut die Möglichkeit enthalten müsse, die Sache zu überwachen. Er weist auf Art. 1385 hin, der die Obhut an einem Tier dessen Verlust entgegenstellt. Die Obhut muss also offensichtlich ein materielles Element, nämlich die Möglichkeit zur Ueberwachung enthalten¹⁸.

E. Sieg der Konzeption der materiellen Obhut

Mit einem klaren Entscheid haben die Chambres réunies des Kassationshofes 1941 der Kontroverse zwischen den Anhängern der beiden verschiedenen Theorien über die Natur der Obhut ein Ende gesetzt. Aufgrund dieses Urteils hat eine Person dann die Obhut über eine Sache, wenn sie die drei Möglichkeiten des Gebrauchs, der Lenkung und der Ueber-

15 Nicht zutreffend scheint die Hypothese von Capitant dann zu sein, wenn die Sache dem nichtberechtigten Veräusserer vom Eigentümer anvertraut und somit die Obhut mitübertragen wurde. In diesem Fall kann man wohl annehmen, dass der gutgläubige Erwerber zusammen mit der Sache auch die Obhut übernommen hat.

16 Capitant a.gl.O.

17 Georges Ripert, note sous Ch. réun. 2 déc. 1941, D.C. 1942, 25.

18 Capitant a.gl.O.

wachung (usage, direction et contrôle) hat¹⁹. Ist sie davon nur einer beraubt, kann sie nicht zur Verantwortung gezogen werden²⁰.

Ein Eigentümer ist folglich nicht wegen seines Rechts, sondern aufgrund der Gewalt, der Macht, die er über die Sache ausüben kann, Halter der Sache²¹. Die Obhut versteht sich im materiellen Sinn; sie ist die tatsächliche Gewalt über eine Sache, die Gewalt, durch die man den Gebrauch, die Lenkung und die Ueberwachung der Sache hat.

Wie das corpus des Besitzes hat die Obhut einen tatsächlichen, nicht einen rechtlichen Ursprung²².

III. Entwicklung der Rechtsprechung

Das oberste Gericht hat in späteren Jahren die Theorie der rechtlichen Obhut verworfen und ausdrücklich die oben erwähnten drei Möglichkeiten gefordert, um jemanden für den durch seine Sache herbeigeführten Schaden verantwortlich machen zu können²³.

Verwirrend ist allerdings ein Entscheid des gleichen Gerichts vom Jahre 1967, worin ein Automobilist für einen durch seinen Wagen verursachten Schaden haftbar gemacht wurde, obwohl er vor dem Strafgericht, das über ihn wegen fahrlässiger Körperverletzung urteilte, beweisen konnte, dass er zur Zeit des Unfalles ein Cabaret besucht hatte²⁴. Aus den für den Kassationshof verbindlichen Erwägungen des

19 Ch. réun., zit. Fn.17; vgl. dazu auch Trigeaud 536f. Nr. 545.

20 Für den "Gebrauch" gilt dieser Satz nicht uneingeschränkt, vgl. hinten Text zu Fn. 42.

21 Goldman 48 Nr. 23; Ortscheidt 67f.; Ripert/Boulanger Nr. 2288.

22 Trigeaud 542 Nr. 550.

23 Civ. 2e 6 janv. 1966, Gaz.Pal. 1966.1.367.

24 Civ. 2e 7 avr. 1967, Bull.civ. II. no. 136.

Appellationshofes, dessen Entscheid vom Automobilisten angefochten worden war, folgte aber, dass er den Beweis, die Obhut über das Auto verloren zu haben, vor diesem Gericht nicht erbracht hatte. Der Kassationshof erachtete diesen Entscheid als gültig in dem Sinne, dass der Appellationshof das Urteil des Strafgerichtes damit nicht verletzt habe. Aus dem Text des Bull.civ. geht allerdings nicht hervor, warum dem Eigentümer der Beweis des Theaterbesuches glückte, jener des Verlustes der Obhut aber nicht. Eine plausible Erklärung ist nur möglich, wenn es sich beim Urheber des Unfalles um einen Angestellten des Automobilisten gehandelt hat, weil dann die Obhut beim Automobilisten geblieben wäre²⁵.

Es liegt im übrigen ein neuer Entscheid vor, der wieder die drei Möglichkeiten des Gebrauchs, der Lenkung und der Ueberwachung für das Vorhandensein der Obhut an einer Sache fordert²⁶. Die Kontinuität der Rechtsprechung bleibt damit gewahrt.

IV. Vergleich von Besitz und Obhut

Wie aus den vorangehenden Untersuchungen geschlossen werden kann, deckt sich der Begriff der Obhut nicht mit dem der Detention im technischen Sinn, der einfachen tatsächlichen Innehabung der Sache. Kann man aber sagen, dass Besitz und Obhut zusammenfallen? Um diese Frage zu beantworten, muss gezeigt werden, wann Besitzer und Halter der Sache identisch sind, und wann zwar Obhut, nicht aber Besitz vorliegt:

²⁵ Vgl. hinten IV. Da im Urteil jedoch nichts darüber bemerkt wird, ist diese Hypothese unwahrscheinlich. Der Entscheid ist übrigens in anderen, ausführlicheren Entscheidsammlungen nicht aufgeführt.

²⁶ Civ. 2e 6 juill. 1978, D. 1979, I.R. 64, note Ch. Larroumet.

Der Eigentümer einer Sache ist, wie oben ausgeführt wurde²⁷, ihr Halter, falls er die Obhut nicht übertragen oder der Sache verlustig gegangen ist - dies nicht aufgrund seines Rechts, sondern aufgrund seiner Gewalt über die Sache.

Der Dieb, der zweifellos als Besitzer gilt, ist nicht weniger als der Eigentümer Halter der Sache, stehen ihm doch die drei vom Kassationshof geforderten Möglichkeiten offen, die Voraussetzung für die Obhut sind²⁸.

Der Nutzniesser und der Inhaber eines Gebrauchs- oder eines Wohnrechts verfügen über die gleiche tatsächliche Macht wie der Eigentümer, die Sache frei zu gebrauchen²⁹. Sie anerkennen nur das Eigentum eines anderen, sind sonst jedoch unabhängig und erhalten keine Instruktionen. Sie sind also Halter der Sache; gleichzeitig gelten sie auch als Besitzer, da sie den *animus rem sibi habendi* haben.

Das gesagte gilt auch für den Emphyteuta und den Superfiziär³⁰.

Im Falle der Grunddienstbarkeiten ist der Berechtigte nur dann Halter der Sache, wenn es sich um eine sichtbare Servitut handelt, für deren Ausübung eine Anlage erstellt wurde, und auch dann nur mit der Einschränkung, dass er selbst die Anlage unterhält³¹. Halter, aber nicht Besitzer könnte somit jemand sein, der Inhaber einer zwar sichtbaren, jedoch nicht dauerhaften Servitut ist³².

Innerhalb der Schranken ihres Vertrages mit dem Eigentümer verfügen auch Mieter und Pächter frei über die Sache.

27 Vorne II. E.

28 Vgl. z.B. Civ. 2e 5 avr. 1965, D. 1965, 737, note Azard.

29 Goldman 48f. Nr. 25; vgl. Art. 578.

30 ders. 49 Nr. 26f.

31 ders. 49ff. Nr. 28.

32 Vgl. dazu vorne § 12 III. B. - D.

Sie haben die geforderte Gebrauchsmöglichkeit, sind in ihren Handlungen unabhängig und können die Sache überwachen. Nichts steht der Annahme entgegen, dass sie die Obhut an der Sache haben³³.

Gleich verhält es sich für den Teilpächter³⁴ und den Entlehner³⁵; auch der Verwahrer und der Pfandgläubiger³⁶ sind Halter der Sache. Diese beiden sind zwar durch ihre Verträge im Gebrauch der Sache beschränkt oder davon ausgeschlossen. Der Begriff der Obhut verlangt jedoch nicht den Gebrauch an sich, sondern nur die Möglichkeit dazu. Und diese ist bei ihnen zweifellos vorhanden.

Die Obhut zeichnet sich durch eine praktisch vollständige Unabhängigkeit vom Recht aus. Wie beim Besitz wird aber im Zusammenhang mit dem Recht eine gewisse Vermutung aufgestellt. Während von einem Besitzer vermutet wird, er sei Eigentümer der Sache, geschieht hinsichtlich der Obhut das umgekehrte: vom Inhaber des Rechts wird vermutet, dass er Halter der Sache sei. Gegen beide Rechtsvermutungen ist der Gegenbeweis zulässig.

Ein Unterschied zwischen dem Besitz und der Obhut liegt darin, dass im Haftpflichtrecht nicht zwischen Eigentum, beschränkten dinglichen und obligatorischen Rechten differenziert wird; jeder Inhaber gilt bis zum Beweis des Gegenteils als Halter.

Für die Obhut kommt es nicht auf die Art des Vertrages an, sondern allein auf die konkrete Situation zum Zeitpunkt

33 Vgl. Req. 3 juill. 1934, D.H. 1934, 443; Goldman 49 Nr. 25; Trigeaud 543 Nr. 551.

34 Dijon 6 mars 1934, D.H. 1934, 340.

35 Civ. 24 nov. 1941, D.C. 1943, 2.

36 Goldman 55ff. Nr. 32; vgl. zu den Detentoren allgemein auch Mazeaud/Chabas 533f. Nr. 520.

des Schadenereignisses³⁷. Immer dann, wenn jemand die Gebrauchs-, Lenkungs- und Ueberwachungsmöglichkeit, mit anderen Worten die effektive Gewalt über die Sache hat, ist er als Halter der Sache aufgrund von Art. 1384 I verantwortlich für Schäden, die durch diese herbeigeführt werden³⁸, sei er Besitzer oder Detentor.

Einschränkend dazu, dass es nur auf die konkrete Situation ankomme, muss gesagt werden, dass der Angestellte, der nicht als Detentor gilt, auch nicht Halter der Sache ist, handelt er doch nach Instruktionen seines Chefs. Anders ist es nur, wenn der Angestellte seine Befugnisse überschreitet und sich so der Autorität seines Arbeitgebers entzieht³⁹, oder wenn ihm dieser beispielsweise das Auto, mit dem er normalerweise arbeitet, über das Wochenende ausleiht. Er wird nicht mehr als Arbeitnehmer, sondern als Entlehner betrachtet⁴⁰. Es ist also nicht die rechtliche Qualifikation sondern das tatsächliche Unterordnungsverhältnis, das einen Arbeitnehmer gewöhnlich daran hindert, Halter zu sein⁴¹. Im normalen Arbeitsverhältnis behält der Arbeitgeber die Obhut, da der Arbeitnehmer die Sache nur als dessen Stellvertreter gebraucht. Führungs- und Ueberwachungsmöglichkeit bleiben beim Arbeitgeber⁴².

37 Civ. 24 nov. 1941, D.C. 1943, 2; Goldman 64 Nr. 35; Mazeaud/Chabas 534 Nr. 520; Trigeaud 453 Nr. 551.

38 Ähnlich Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 3. Aufl., Zürich 1970, S. 194 (für den Tierhalter) und Bd. II/2, 2. Aufl., Zürich 1962, S. 481 (für den Halter eines Motorfahrzeuges.)

39 Goldman 60 Nr. 30; Mazeaud/Chabas a.gl.O.; Trigeaud a.gl.O.

40 Civ. zit. Fn. 37.

41 Goldman 117 Nr. 70, 119 Nr. 71.

42 Rennes 13 déc. 1935, Gaz.Pal. 1936.2.649. Betrachtet man den Angestellten als Stellvertreter des Arbeitgebers, so kann man ohne weiteres sagen, dass dieser auch die Möglichkeit des Gebrauchs behalte, werden doch die Handlungen des Angestellten als die seinen betrachtet. Die gleiche Lösung vertreten auch Mazeaud/Chabas 529 Nr. 518.

Der Begriff des "gardien" im französischen Recht schliesst somit alle Personen ein, die tatsächlich über eine Sache verfügen oder verfügen können, ohne dabei in einem Subordinationsverhältnis zu einer anderen Person zu stehen. Es sind dies alle Besitzer mit animus domini oder rem sibi habendi und alle einfachen Detentoren⁴³.

Der Halter ist nur dann immer identisch mit dem Besitzer der Sache, wenn man jede tatsächliche Sachherrschaft, die nicht auf Unterordnung beruht, als Besitz ansieht, wie es das schweizerische Recht tut⁴⁴.

43 Mit der Ausnahme des Inhabers einer nicht dauerhaften Servitut; vorne Text zu Fn. 32.

Der Besitz tritt im Zusammenhang mit der Obhut nicht wie gewöhnlich nur als Quelle von Rechten, sondern auch von Pflichten auf. So muss der Besitzer die Sache mit der nötigen Sorgfalt behandeln, damit sie keine Gefahr für eine Person oder eine andere Sache ist. Vgl. dazu Carbonnier 185 Nr. 44.

44 A.M. Stark Art. 919 N. 52, der die Betonung allerdings weniger auf die Person des Halters, sondern mehr auf die Funktionen von Besitz und Obhut legt, die ohne Zweifel grundverschieden sind.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 26. Februar 1955 als Sohn des Alexander Wiget und der Ruth, geb. Blarer, in St. Gallen geboren. Ich besuchte dort die Primar-, Sekundar- und Kantonschule, die ich im Herbst 1974 mit der Matura Typus B abschloss. Anschliessend begann ich mein Studium an der Juristischen Abteilung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich im Sommer 1979 zum Lizentiaten der Rechtswissenschaft promoviert wurde. Meine Stelle als Assistent am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Zürich trat ich im Dezember des gleichen Jahres an. Seither war ich auch an meiner Dissertation tätig, für deren Vollendung ich mich 1981 ein halbes Jahr in Montpellier in Südfrankreich aufhielt. Ich schloss sie im März 1982 ab und wurde im Juli des gleichen Jahres zum Dr. iur. promoviert.

